



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIO KOBUS JUNIOR

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, PRESENTE NOS
ARTIGOS 930 A 941 DO PL Nº 8.046/2010 – PROJETO DE LEI DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

FLORIANÓPOLIS

2011

MARIO KOBUS JUNIOR

**O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS, PRESENTE NOS
ARTIGOS 930 A 941 DO PL Nº 8.046/2010 – PROJETO DE LEI DO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO, COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

Monografia submetida ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy.

FLORIANÓPOLIS

2011



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **“O incidente de resolução de demandas repetitivas, presente nos artigos 930 a 941 do PL nº 8.046/2010 – projeto de lei do Novo Código de Processo Civil brasileiro, como instrumento de efetivação do acesso à justiça”**, elaborada pelo acadêmico **Mario Kobus Junior** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com **nota 10,00** (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 20/07/2011.

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
(orientador)

Prof. Bel. Fellipe de Souza Farinelli Medeiros
(membro titular)

Prof. Bel. Ricardo Augusto Herzl
(membro titular)

Aos meus pais, Mario e Goreti, pelo exemplo e fonte de inspiração; aos meus irmãos, Fábio e Karoline, pelo apoio e companheirismo.

RESUMO

O presente trabalho propõe um estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas, integrante do Projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil – PL nº 8.046/2010, à luz da terceira onda renovatória do acesso à justiça.

Destarte, examinam-se os princípios constitucionais relacionados ao incidente, bem como à adequação do instituto a estes, à função social e aos escopos institucionais do processo.

Analisa-se, também, a importância das premissas da instrumentalidade do processo frente ao imperativo da efetividade da tutela jurisdicional.

Aborda-se a questão da massificação das demandas e seus reflexos na atividade jurisdicional, bem como as vantagens de se atribuir efeito vinculante aos precedentes judiciais.

Por fim, apresenta-se o referido incidente em confronto com os princípios constitucionais em estudo, com a finalidade de concluir por sua condição de instrumento de efetivação do acesso à justiça.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Acesso à justiça. Novo CPC. Escopos do processo. Função social do processo. Instrumentalidade. Efetividade da tutela jurisdicional. Precedentes judiciais.

SUMÁRIO

RESUMO	4
SUMÁRIO	5
INTRODUÇÃO	7
1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ATINENTES AO TEMA ...	8
1.1 O ACESSO À JUSTIÇA	8
1.1.1 <i>Origem e aspectos históricos</i>	8
1.1.2 <i>Visões conceituais hodiernas</i>	14
1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL FRENTE À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ...	17
1.3 O TRATAMENTO ISONÔMICO DAS PARTES E A SEGURANÇA JURÍDICA	21
1.4 A INDEPENDÊNCIA HERMENÊUTICA DO MAGISTRADO	24
1.5 O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO	25
2 A TEORIA GERAL DO PROCESSO E SUAS NOVAS PERSPECTIVAS	27
2.1 DO PARADIGMA LIBERAL À MASSIFICAÇÃO DAS DEMANDAS	27
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL E OS ESCOPOS INSTITUCIONAIS DO PROCESSO	32
2.3 A EFETIVIDADE ATRAVÉS DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL	37
3 O TRATAMENTO COLETIVO DAS CAUSAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA	40
3.1 AS CAUSAS REPETITIVAS E A DEMANDA DE UM REGIME PROCESSUAL ESPECÍFICO	40
3.2 A TENDÊNCIA DE VALORIZAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL	44
3.3 O IRDR E O PROJETO DE LEI DO NOVO CPC	47
3.3.1 <i>A origem: o modelo alemão do musterverfahren</i>	47
3.3.2 <i>A sistematização do incidente no Novo CPC</i>	49
3.4 O INCIDENTE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	51
CONCLUSÕES	57
REFERÊNCIAS	59
ANEXO A – FRAGMENTO RELEVANTE DO PROJETO DE LEI Nº 8.046/2010	64

INTRODUÇÃO

Desde a elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, muito se tem falado acerca de um de seus pontos mais inovadores: O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. O referido instituto se propõe a julgar conjuntamente, de forma incidental, questões de direito que se repetem em inúmeros processos individuais. Instaurado o incidente, decide o tribunal acerca da matéria e impõe sua decisão às demais causas idênticas.

Para muitos, o tratamento coletivo dado a essas causas repetitivas seria a grande solução para a morosidade de nossa Justiça, além de mitigar a ocorrência de decisões conflitantes. Para outros, entretanto, o acesso à justiça, o devido processo legal, e a independência hermenêutica do magistrado estariam ameaçados, pois sendo a decisão em sede de incidente hipótese de rejeição liminar da demanda, situações haveria em que o jurisdicionado poderia ter sua pretensão indeferida sem nunca ter realmente litigado.

É de grande importância, pois, que se faça um estudo aprofundado dos impactos da positivação do referido instituto frente às garantias constitucionais do processo, sobretudo no que diz respeito ao acesso à justiça e sua terceira onda renovatória. De outro lado, mostra-se imperiosa a necessidade de verificar a viabilidade de tal instituto frente aos escopos institucionais e à função social do processo.

Por conseguinte, o objetivo maior do presente trabalho monográfico consiste em valer-se do método dedutivo de pesquisa com o intuito de verificar se o incidente de resolução de demandas repetitivas, a ser positivado no ordenamento jurídico brasileiro através da aprovação do PL nº 8.046/2010 – Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil – é capaz de constituir instrumento hábil à efetivação do acesso à justiça.

1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ATINENTES AO TEMA

1.1 O acesso à justiça

1.1.1 Origem e aspectos históricos

Um dos maiores desafios do pensamento jurídico hodierno certamente passa pela compreensão do significado e da dimensão do direito de acesso à justiça, haja vista posição de destaque que o mesmo ocupa na Teoria do Direito e na Teoria Geral do Processo¹.

O estudo do tema ganhou relevo na Europa, sobretudo na década de 1970, com a edição do *Florence Project*, encabeçado por MAURO CAPPELLETTI e BRYAN GARTH. Sua finalidade era diagnosticar as razões da ineficiência da Justiça através da coleta de dados sobre as práticas jurídicas de diversos países². Do referido projeto resultou não apenas obra paradigmática acerca do tema (*Acesso à Justiça*), mas também os alicerces para todo um repensar do direito processual civil contemporâneo.

No entanto, a origem do referido instituto nos remete a períodos mais remotos, conforme passamos a analisar nos parágrafos abaixo, a título de esboço histórico.

PEDRO MANOEL ABREU nos ensina que somente após o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e o oportuno surgimento dos direitos sociais (século XX), tornou-se interessante direcionar os estudos para a questão do acesso à justiça. Em contrapartida registra-se, desde o primado do direito escrito, certo cuidado legislativo com a proteção dos hipossuficientes. O próprio Código de Hamurabi já trazia uma espécie de incentivo aos oprimidos para que buscassem o

¹CERQUEIRA, Táris Silva de. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 118. Salvador: 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/962/0>>. Acesso em: 05/04/2011.

²JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n. 18, v. 9. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996/2. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>. Acesso em: 26/03/2011.

soberano com a finalidade de resolução de conflitos³. Tal idéia, ainda que em nível “embrionário”, diz respeito à percepção que hoje temos acerca do instituto em exame.

Na esteira desse entendimento, nos adverte DANIELLE ANNONI que “é possível identificar, desde a Antigüidade, a preocupação em se estabelecerem condições de aplicação da Justiça”, mesmo que o significado do “justo”, aquela época, fosse desprovido de qualquer objetividade⁴. Percebe-se, sobretudo na Grécia e Roma antigas, também de modo incipiente, o surgimento de algumas das premissas que mais tarde fariam parte do verdadeiro referencial teórico que se tornou o acesso à justiça, quais sejam: a igualdade, a equidade, e a assistência judiciária aos pobres⁵.

Todavia, foi apenas na Inglaterra medieval, mais precisamente no ano de 1215, com a edição da *Magna Carta*, que surge a primeira disposição normativa identificada com o reconhecimento do direito de acesso à justiça⁶. Não obstante tenha sua origem no seio da aristocracia inglesa, e sua criação apresente o intuito de conter iminente guerra civil (frente aos desmandos do Rei João), a cláusula vinte e nove da referida carta é tida como marco legislativo inicial do movimento de acesso à justiça:

(29) Nenhum homem livre deverá no futuro ser detido, preso ou privado de sua propriedade, liberdade ou costumes, ou marginalizado, exilado ou vitimizado de nenhum outro modo, nem atacado, senão em virtude de julgamento legal por seus pares [júri popular] ou pelo direito local. A ninguém será vendido, negado ou retardado o direito à justiça⁷.

³ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 46.

⁴ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 76.

⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça** (...) 2004. op. cit. p. 46-47.

⁶ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 76-77.

⁷ Tradução livre de Danielle Annoni. Texto extraído da própria Carta Magna, cláusula n. 29, encontrada no site do arquivo nacional inglês. Disponível em: <www.nationalarchives.gov.uk/pathways/citizenship/citizensubject/transcripts/magna_carta.htm>. *Apud* ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 77.

Conquanto não fosse esse o objetivo, o referido diploma legal, também denominado de “Carta do Rei João Sem Terra”, mais tarde acabaria sendo reconhecido como uma declaração de direitos. E tamanha é a sua relevância para o movimento de luta contra o poder estatal ilimitado, que o dispositivo supra transcrito terminou por ocupar a quinta e sexta emendas da Constituição dos Estados Unidos (1788), bem como fora lembrado à época da redação da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU (1948)⁸.

Tal processo de positivação, contudo, não pode ser concebido a despeito do contexto histórico em que ocorreu. Sob esse prisma, merece destaque o estudo do *direito de petição*.

Considerado como “grande conquista do indivíduo frente à arbitrariedade estatal”, o *direito de petição*, cuja origem remonta aos estados liberais burgueses – séculos XVIII e XIX, refletia o teor individualista dos direitos conferidos ao cidadão através das declarações de direitos. Tratava-se, fundamentalmente, de um direito formal de requerimento frente ao Estado⁹. Ou nas palavras de CAPPELLETTI e GARTH:

A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva¹⁰.

O caráter essencialmente formalista atribuído ao direito de petição, tornou-se, porém, insuficiente para possibilitar ao jurisdicionado o efetivo acesso aos direitos anteriormente positivados, ao passo que prosseguem os autores:

À medida que as sociedades do *laissez-faire* cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações

⁸ Ibidem. p. 77.

⁹ Ibidem. p. 77.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9.

de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] Tornou-se lugar comum observar que a *atuação positiva* do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos¹¹.

Na visão de LUIZ GUILHERME MARINONI, a partir dessa crise experimentada pelo Estado liberal, visto que insuficientes seus próprios fundamentos, as exigências populares por maior justiça social culminaram com formação de um novo conceito de igualdade, no qual à liberdade era conferido um valor diverso. A postura estatal evoluiu da simples defesa da liberdade para a preocupação com o bem-estar social¹².

Tamanha mudança de postura contribuiu para que “ao direito de ação fossem agregados outros conteúdos”. Observa-se, nesse momento, que:

[...] as Constituições do século XX procuraram integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, objetivando permitir a concreta participação do cidadão na sociedade, mediante, inclusive, a realização do direito de ação, que passou a ser focalizado como “direito de acesso à justiça” tornando-se objeto da preocupação dos mais modernos sistemas jurídicos do século passado.¹³

Essa nova inquietação, agora direcionada não apenas ao reconhecimento e positivação de direitos, uma vez que mormente focada na criação de “instrumentos e alternativas que materializem seu acesso”, foi responsável pela eclosão de “um movimento em prol da ampliação e da efetivação da prestação jurisdicional”. Fora no seio do Estado Democrático de Direito, em especial após a segunda metade do século XX, que “o direito de acesso à justiça encontrou terreno fértil para florescer e firmar-se como direito fundamental por excelência, embora já se tivesse feito reconhecer anteriormente como direito humano”.¹⁴

¹¹ Ibidem. p. 10.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 22.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 188.

¹⁴ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 80.

Segundo CAPPELLETTI e GARTH, esse “despertar” pela efetividade do acesso à justiça pode ser claramente distinguido em três fases, as quais os autores atribuíram o nome de “ondas renovatórias”. São elas a) movimento de assistência judiciária aos pobres; b) reformas direcionadas à representação jurídica dos interesses coletivos e difusos; c) “enfoque de acesso à Justiça”: adequação dos instrumentos processuais à realidade social¹⁵.

Na primeira onda renovatória de acesso à justiça observa-se que os esforços concentraram-se em fazer com que os serviços de natureza jurídica alcançassem os menos favorecidos. Portanto, imprescindível seria, além da isenção de custas processuais, que lhes fosse dispensada a atenção de um advogado¹⁶. Surge, a partir de então, a figura do advogado dativo, bem como o fomento à criação das defensorias públicas, sem os quais fica difícil imaginar a atividade jurisdicional de nosso tempo¹⁷.

Em momento posterior, a preocupação voltou-se para “a emergência dos chamados direitos difusos”, a fim de que se tornasse possível “o acesso à justiça de consumidores, locatários, empregados, ou usufrutuários de um meio ambiente degradado”.¹⁸ Estamos diante, pois, da segunda onda renovatória, cujas reformas forçaram a “reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil”, no sentido de promover a coletivização das demandas. Quais sejam: “legitimidade ativa”, “coisa julgada”, “citação”, entre outras¹⁹.

Como bem adverte CASSIO SCARPINELLA BUENO, fez-se mister “viabilizar a representação judicial [...] de direitos e interesses que, de outra forma, restariam carentes de salvaguarda jurisdicional”, porquanto esses novos direitos, em muitos casos, sequer possuem “aptidão para fruição individualizada”, sobretudo nas questões ambientais²⁰. Ilustram essa nova fase institutos como: as ações civis

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 31.

¹⁶ Ibidem. p. 32.

¹⁷ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 80.

¹⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça** (...) 2004. op. cit. p. 49.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 49-50.

²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

públicas, as ações populares, as *class actions*²¹ norte-americanas, bem como o fortalecimento do Ministério Público e do papel dos sindicatos²².

Já o terceiro movimento reformista pode ser delineado como a proposta de uma nova forma de pensar o processo civil “enquanto realizador do direito material”.²³ Ou nas palavras de CAPPELLETTI e GARTH, a terceira onda renovatória:

[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. [...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento [...]. Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.²⁴

Não se trata, de acordo com o pensamento de SCARPINELLA BUENO, de “apenas criar condições de *acesso à justiça* no sentido de fazer que um determinado direito ou interesse seja levado para apreciação do Estado-juiz”. A compreensão desse “novo enfoque” exige que a atividade jurisdicional seja capaz de “tutelá-lo adequada e eficazmente, *realizando-o* no plano exterior ao processo, no plano material”. E adiante conclui ser, o enfoque da terceira onda renovatória, aquele que “rende ensejo à maior gama de possibilidades críticas ao estudo e à transformação do direito processual civil”. Como exemplos, podemos citar as “amplas transformações experimentadas pelo [nosso] Código de Processo Civil”, além de boa parte de nossa recente produção legislativa²⁵.

Neste trabalho pretende-se dar maior atenção à *terceira onda renovatória do acesso à justiça*, haja vista que o tratamento coletivo dispensado às demandas repetitivas, a ser trazido ao ordenamento nacional com a positivação de um Novo

²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 50.

²² ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 80.

²³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 52.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 67-71.

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 53.

Código de Processo Civil (na figura do IRDR), insere-se nesse contexto histórico e doutrinário.

1.1.2 *Visões conceituais hodiernas*

O direito de acesso à justiça, consoante abordado supra, transmutou-se ao longo tempo. Abandonou o mero formalismo inerente ao direito de petição para assumir *status* de direito humano e, posteriormente, garantia fundamental. Ocorre que, a positivação em nível constitucional não traduz sua relevância por completo, tampouco é o bastante para dar vistas à sua real efetivação. Os próprios idealizadores do *Florence Project* enfatizam tal compreensão no início de sua obra:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.²⁶

Posto que não se tenha a pretensão, nesta monografia, de precisamente definir o conceito de acesso à justiça, esgotando o assunto, torna-se imperioso trazer ao presente trabalho as mais variadas visões acerca do tema, a fim de que melhor delimite-se o significado do instituto em análise. É a este objetivo que nos dedicamos nas próximas páginas.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA, a expressão “acesso à justiça” faz remissão à idéia de “direito de buscar proteção judiciária”. Todavia, a insuficiência de tal pressuposto – sob a perspectiva de uma análise sistemática – revela-se já em nível constitucional, pois:

Se o Poder Judiciário é um dos poderes do Estado, como enuncia o art. 2º da Constituição, e se o Estado, República Federativa do Brasil, tem como um de seus primeiros fundamentos construir uma sociedade justa, então não pode mais ele se contentar com a mera solução processual dos conflitos. Cada sentença há de construir um tijolo nessa construção da sociedade justa. E a justiça, aqui, há de ser

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 13.

aquele valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito que nos promete o “Preâmbulo” da Constituição.²⁷

Para NELSON NERY JUNIOR, o acesso à justiça, possuindo foro constitucional, seria um direito público subjetivo oponível inclusive ao Estado, ao passo que, independentemente da natureza da tutela almejada, jamais se deveria admitir obstáculos processuais capazes de impedir a fruição de determinado direito²⁸.

A moderna doutrina processual, por sua vez, entende não ser suficiente conceber tal instituto apenas sob o viés garantista, de forma isolada. Consoante nos ensina NELSON JULIANO SCHAEFER MARTINS, o acesso à justiça deve ser encarado “não só como um Direito fundamental, mas também como instrumento assegurado das liberdades fundamentais e dos direitos sociais”.²⁹

Embora seja notória a relevância da positivação do “direito de ação” em nível constitucional, consoante previamente demonstrado em termos históricos, o acesso à justiça deve ser vislumbrado como instituto basilar que fundamenta toda a lógica do sistema processual, como se pode depreender dos ensinamentos de CINTRA, DINAMARCO, e GRINOVER:

O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal de uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz as partes à ordem jurídica justa. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação e diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação. Eis

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 150-151.

²⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 98.

²⁹ SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004. p. 85.

a dinâmica dos princípios e garantias do processo, na sua interação teleológica apontada para a pacificação com justiça.³⁰

E resume DINARMARCO, ao nos colocar que o direito de acesso à justiça é mais do que um princípio, “é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, é o pólo metodológico mais importante do sistema processual atual”. Partindo-se do exame conjunto ou de quaisquer dos grandes princípios, chega-se à concepção do acesso à justiça³¹.

É conveniente sublinhar neste momento – não obstante seja essa a visão de grande parte de nossos operadores do direito – que o “acesso à justiça não se identifica, pois, como mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingressar em juízo”. Sua revonada concepção pressupõe que “o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à *justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa”.³² Destarte, “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”.³³

No mesmo entender, MARINONI salienta que a temática do acesso à justiça encontra-se atrelada à questão da justiça social. O acesso a uma ordem jurídica justa inevitavelmente perfaz a problemática da cidadania, da realização de direitos, e da gestão participativa do bem comum, afirmada pela Democracia Social³⁴.

ADA PELLEGRINI GRINOVER nos apresenta as características elementares que compõem o referencial teórico em estudo, as quais transcrevemos abaixo, justamente com a intenção de formar o esboço necessário:

[...] o direito à informação; o direito à adequação entre ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na

³⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 40.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 359.

³² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; [et. al.]. **Teoria Geral (...)**. 2008. op cit. p. 39.

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade (...)**. 2009. op. cit. p. 319.

³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. op. cit. 1999. p. 25-28.

realidade social e comprometidos com o objetivo da ordem jurídica justa; o direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.³⁵

Em suma, sintetiza DIETRICH: o “que se pretende, à luz do Princípio do Acesso à Justiça, é construir um processo de resultados, mediante a prestação de uma tutela jurisdicional justa e célere, voltada aos escopos jurídicos, sociais, e políticos”.³⁶

É precisamente essa noção de acesso à justiça, a qual torna indispensável a concepção de um processo comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional, sendo esta concomitantemente justa e concedida em tempo razoável, a que se pretende dar enfoque neste trabalho. Apenas com a criação de institutos processuais que objetivem a concretização de direitos de forma plena, é que se trilhará o devido caminho a efetivação do direito de acesso à justiça. E o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), conforme restará demonstrado adiante, aponta para essa direção.

Nos tópicos seguintes deste capítulo far-se-á a delimitação conceitual de outros princípios processuais que guardam relação com o objeto desta monografia, com o objetivo de, oportunamente, relacioná-los às críticas propostas por alguns autores quanto à positivação do IRDR no Novo CPC.

1.2 O devido processo legal frente à razoável duração do processo

À medida que o acesso à justiça nos remete, fundamentalmente, à idéia de que o Judiciário encontra-se aberto, já em nível constitucional, à apreciação de lesão ou ameaça ao direito; o devido processo legal estabelece, por seu turno, as condições essenciais que o Estado deve atribuir à análise desses conflitos³⁷. Do

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996. p. 115.

³⁶ DIETRICH, Andréa Morgado. **O Princípio do Acesso** (...). op. cit. 2002. p. 40.

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 104.

referido binômio, nas palavras de CINTRA, GRINOVER, e DINAMARCO, “decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito a uma *ordem jurídica justa*”.³⁸ Destarte, conveniente se mostra o estudo mais aprofundado do devido processo legal.

Segundo FREDIE DIDIER JR, a origem do instituto, embora usualmente atribuída à citada cláusula vinte e nove da Carta Magna inglesa, remete-nos ao direito germânico, mais precisamente ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d.C.). Fora essa disposição normativa, inaugurada com o referido decreto, que inspirou a consagração no direito inglês do *due process of law*³⁹.

Contudo, é manifesto que o entendimento acerca do devido processo legal, existente à época do estado absolutista, guarda pouca relação com idéia que se consolidou no início do século XX, sob a égide do estado laico. Quanto a esse processo histórico de evolução conceitual, nos ensina DIDIER JR:

Há, inegavelmente, um acúmulo histórico a respeito da compreensão do *devido processo legal* que não pode *ser ignorado*. Ao longo dos séculos, inúmeras foram as concretizações do devido processo legal que se incorporaram ao rol das garantias mínimas que estruturam o *devido processo*. Não é lícito, por exemplo, considerar *desnecessário* o contraditório ou a duração razoável do processo, direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal. Nem será lícito retirar agora os direitos fundamentais já conquistados; vale, aqui, o princípio de hermenêutica constitucional que proíbe o retrocesso em tema de direitos fundamentais. [...] Essas *concretizações* do *devido processo legal*, verdadeiros corolários de sua aplicação, estão previstas na Constituição brasileira e estabelecem o modelo constitucional do processo brasileiro.⁴⁰

As referidas concretizações, materializadas através de normas, princípios e regras, formam o chamado “conteúdo mínimo do devido processo legal”, do qual fazem parte: o contraditório, a ampla defesa, o tratamento das partes em condições de igualdade, a vedação das provas ilícitas, a publicidade processual, a garantia do

³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; [et al]. **Teoria Geral** (...). 2008. op. cit. p. 90.

³⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13 ed. Salvador: Jus Podvim, 2011. v. 1. p. 46.

⁴⁰ Ibidem. p. 47.

juiz natural, a motivação das decisões, a duração razoável do processo, o acesso à justiça, entre outros⁴¹.

Aliás, é da própria natureza do Estado Democrático de Direito que se exija um conteúdo mínimo a ser dispensado à forma de atuação estatal. Suas premissas revelam ser inconcebível que “o Estado atue de qualquer forma”, tornado-se imprescindível o exercício da atividade estatal sob “forma específica”, e “de acordo com regras preestabelecidas”. No entanto, não se pode reduzir o referido instituto a “mera forma de procedimentalização do processo”, visto que o mesmo encerra verdadeiro mecanismo de concretização dos “fins do próprio Estado”.⁴²

Conclui HUMBERTO THEODORO JR, diante de tais ponderações, que o devido processo legal precisa ser compreendido sob duas perspectivas distintas, quais sejam: a formal e a substancial. A primeira diz respeito ao nível procedimental, operacionalizando-se por meio do conjunto de garantias que remontam ao seu conteúdo mínimo, conforme citado alhures. Já a sua dimensão substancial faz referência a um processo que resulte em “*decisões jurídicas* substancialmente devidas”,⁴³ cuja obrigação implícita é a de “realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material”.⁴⁴

Conseqüentemente, de modo algum se pode imaginar “substancialmente devida” qualquer decisão que seja prolatada em prazo além do razoável. É o que prescreve o “direito a uma razoável duração do processo”, incluído em nossa Constituição através do acréscimo do inciso LXXVIII ao seu artigo 5º, com a edição da Emenda Constitucional de nº 45.

Tal preocupação não é exclusividade brasileira, tampouco surgira com a referida emenda. A Convenção Européia dos Direitos do Homem preconizava, há cerca de sessenta anos, a relevância da adoção de instrumentos que delimitem a

⁴¹ Ibidem. p. 47.

⁴² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 104.

⁴³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual** (...). 2011. op. cit. p. 49.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1. p. 24.

duração do processo para não além do estritamente necessário⁴⁵. Nos termos de seu artigo sexto, a “Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível”.⁴⁶

A morosidade na prestação jurisdicional constitui verdadeiro “obstáculo à realização da justiça”, “um mal antigo que assola os Judiciários do mundo todo”, e que “acarreta inúmeros prejuízos, não apenas às partes, mas à sociedade e ao Estado”, os quais terminam por arcar com os custos dessa lentidão, sejam eles diretos ou reflexos⁴⁷. Ademais, uma prestação jurisdicional demorada é “geradora de descrença do povo na justiça. O cidadão, nessa situação, vê-se desestimulado a recorrer ao Judiciário”.⁴⁸

Frente a essa problemática, DIDIER JR enfatiza: “Processo devido é, pois, processo com duração razoável”.⁴⁹ Ou nas palavras conclusivas de BUENO, o que o “princípio da tempestividade da tutela” de fato prescreve, “é que a atividade jurisdicional e os métodos empregados por ela sejam *racionalizados, otimizados*, tornados mais *eficientes* [...] sem prejuízo, evidentemente, do atinimento de seus objetivos mais amplos”. E se assim o é, prossegue o autor, é “desejável e *possível* ir além. O princípio em destaque autoriza, e a – bem da verdade, impõe – uma *nova* forma de pensar o direito processual civil”.⁵⁰

Pode-se coligir, portanto, que a criação de institutos processuais dedicados a uma tutela jurisdicional mais célere (e por isso, mais efetiva), deve ocupar lugar de destaque na agenda da Teoria Geral do Processo. Tais premissas integram o panorama jurídico que motivou a criação de um novo Código de Processo Civil brasileiro. Desse assunto, em específico, tratar-se-á com mais detalhes em tópico posterior. Todavia convém trazer, neste momento, pequeno trecho da exposição de motivos do PLS nº 166/2010, que bem ilustra a preocupação legislativa com a matéria:

⁴⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 55.

⁴⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. op. cit. p. 21-22.

⁴⁷ ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso** (...) 2008. op. cit. p. 289.

⁴⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça** (...) 2004. op. cit. p. 57.

⁴⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual** (...). 2011. op. cit. p. 64.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 143.

O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. [...] **Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça** [grifo nosso].⁵¹

1.3 O tratamento isonômico das partes e a segurança jurídica

Destaca PAULO BONAVIDES, que o “centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”, uma vez que este ocupa, no Direito Constitucional contemporâneo, a posição de “direito-chave”, de “direito-guardião” do Estado e de todos os direitos fundamentais⁵².

Nossa Constituição o consagra no *caput* de seu artigo 5º, ao prescrever que *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. A interpretação que se deve dar ao referido dispositivo, porém, extrapola a literalidade textual⁵³, porquanto o princípio da *isonomia* abandonou a idéia de “ser a igualdade jurídica do liberalismo, para se converter na igualdade material da nova forma de Estado”.⁵⁴

É o que a moderna doutrina nos esclarece ao distinguir o princípio da isonomia sob os âmbitos formal e material. Basicamente, o primeiro faz menção a não diferenciação dos indivíduos pela lei, desde que em mesma situação fática. Enquanto o segundo, através de uma perspectiva realista, diz respeito ao tratamento desigual dos materialmente desiguais, para que então sejam alçados à condição de igualdade substancial⁵⁵.

⁵¹ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil — Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 (PLS nº 166, de 2010)**. Brasília: Senado Federal-DF, Presidência, 2010. p. 14-16.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 340-341.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 214.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. op. cit. p. 341.

⁵⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; [et al]. **Teoria Geral (...)**. 2008. op. cit. p. 59-60.

Sob o ponto de vista processual, pode-se traduzir esse princípio através da expressão “paridade ou igualdade de armas”, uma vez que o Estado-juiz deve dispensar tratamento igualitário aos litigantes⁵⁶. Todavia, como lembra MARINONI, tal igualdade de condições jamais deve ser entendida como uma espécie de “simetria perfeita de direitos e obrigações”.⁵⁷ Vedam-se apenas, nos dizeres de FÁBIO KONDER COMPARATO, as “diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça”.⁵⁸

Em outro plano, quanto à autoridade pública, aqui considerada como intérprete da norma, prescreve o referido princípio que a mesma “não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades”. É a opinião de ALEXANDRE DE MORAES, sobretudo no tocante à atividade do Poder Judiciário, o qual “deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas”.⁵⁹ Ou como percebe LUIZ FLÁVIO GOMES:

O princípio da igualdade possui hoje uma dupla dimensão: ‘igualdade na lei’ (no tratamento dado pela lei) e ‘igualdade na aplicação da lei’ (os juízes devem decidir os litígios idênticos com consequências idênticas)”. [...] Em virtude desse último aspecto do princípio da igualdade, vem sendo construída a seguinte doutrina: um mesmo órgão jurisdicional não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais; quando isso acontece, deve oferecer uma fundamentação sucifiente e razoável.⁶⁰

Essa referida desigualdade decisional em termos de jurisdição claramente afronta o princípio da *segurança jurídica*. Este, como bem define JOSÉ AFONSO DA SILVA, este “consiste no conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Um dos pressupostos da segurança

⁵⁶ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil (...)**. 2011. op. cit. p. 127-128.

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 1999. op. cit. p. 256.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 59.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 32.

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e Independência Judicial. *In: Revista dos Tribunais*. Ano 86, v. 739, São Paulo, 1997, p. 38-39.

jurídica reside na “relativa certeza de que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar”.⁶¹

Daí, pois, a existência de estreita relação entre o princípio da isonomia e a segurança jurídica, visto que, nas palavras de MARINONI, inexistente “Estado Constitucional, que é Estado de Direito qualificado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, sem segurança jurídica e sem igualdade perante o direito”. E vai além o renomado processualista:

A segurança jurídica é essencial ao Estado Constitucional. É preciso que a ordem jurídica seja certa, estável, que os cidadãos possam a partir dela orientar suas condutas e contar, em sendo o caso, com a sua realização coativa. Não menos importante para o estado Constitucional é a confiança legítima por parte dos cidadãos nos seus atos, a confiança legítima é a face subjetiva da segurança jurídica. Prende-se à calculabilidade e à previsibilidade dos atos dos poderes públicos. A segurança jurídica e a confiança legítima apontam, em termos de processo civil, à necessidade de proteção à coisa julgada, à **adoção de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro** e à necessidade de adoção de forma para a realização dos atos processuais [grifo nosso].⁶²

E arremata o autor:

A necessidade de um sistema de precedentes vinculativos no direito brasileiro vai robustecida igualmente por outra idéia que também se encontra à base do Estado Constitucional: **a igualdade de todos perante o Direito**. Não há estado constitucional e não há mesmo Direito no momento em que casos idênticos recebem diferentes decisões do Poder Judiciário. Insulta o bom senso que decisões judiciais possam tratar de forma desigual pessoas que se encontram na mesma situação [grifo nosso].⁶³

Nada mais justo, então, que se procure, já na atividade jurisdicional de primeiro grau, evitar a prolação de sentenças conflitantes. É a esse objetivo que se dedica o Incidente de Demandas Repetitivas do projeto de lei do Novo CPC, ao qual nos dedicamos no presente opúsculo, tornar mais previsíveis as decisões dos

⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** (...). 2011. op. cit. p. 434.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.16.

⁶³ Ibidem. p.17.

magistrados, bem como mais segura e estável a atuação do Poder Judiciário, por meio da aplicação de uma mesma decisão a demandas que versem sobre matéria idêntica.

Ao fazê-lo, de fato busca-se a efetivação das mais elevadas garantias constitucionais, proporcionando a devida irradiação dos valores de nossa carta magna ao processo, tendência necessária que a novel doutrina processual recomenda.

1.4 A independência hermenêutica do magistrado

Decorrente do princípio da oralidade, o também denominado princípio do livre convencimento motivado aduz, na visão de OVÍDIO BAPTISTA, que se deve facultar ao julgador a “livre e ampla apreciação da prova, sem as peias que o ordenamento processual lhe possa criar por meio de princípios limitadores da ampla e livre investigação dos fatos controvertidos na causa”.⁶⁴

A origem desse princípio é contemporânea à Revolução Francesa (séc. XVI), momento a partir do qual começou a delinear-se um sistema de apreciação judicial intermediário às metodologias da *prova legal* e do julgamento *secundum conscientiam*. Mas fora apenas com a evolução dos estatutos processuais da Alemanha e Áustria que a pré-valorização dos elementos probatórios foi finalmente preterida⁶⁵.

THEODORO JÚNIOR ainda vai além, ao nos dizer que apenas “a partir do momento quem se outorgaram poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras da crítica sadia e para produzir *ex officio* as provas que se impuserem para o objetivo de alcançar a *justiça*” é que se pode presumir iniciada a fase moderna ou científica do processo, tamanho relevo do princípio em destaque para o direito processual civil⁶⁶.

⁶⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; [et. al.]. **Teoria Geral** (...). 2011. p. 49-50.

⁶⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; [et. al.]. **Teoria Geral** (...). 2008. op cit. p. 73.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito** (...). 2008. op. cit. p. 11.

No entanto, não significa dizer que ao juiz é facultado formar sua convicção a despeito dos elementos constantes nos autos, até porque motivada e fundamentada deve ser sua decisão. Liberdade de convencimento não pressupõe sua construção de modo arbitrário. Ocorre, simplesmente, é que a apreciação de tais elementos desvincula-se de qualquer critério aprioristicamente definido⁶⁷.

O ordenamento pátrio acolheu o referido princípio, também conhecido entre a doutrina nacional como princípio da persuasão racional do juiz. Sua extrema relevância reside no fato de que, por mais bem intencionado que esteja, legislador nenhum terá tamanha proximidade com o caso concreto quanto o magistrado, razão pela qual a ninguém mais deve caber o papel de valorar as provas trazidas aos autos, com vistas ao embasamento decisional.

O princípio em estudo, com o devido respeito, não pode constituir entrave à evolução da ciência processual. Aliás, a princípio algum se deve permitir tal intervenção. Por mais significativa que seja para o processo a formação livre do convencimento do juiz, casos haverá em que a adoção de uma orientação jurisprudencial dominante restará mais conforme aos ditames constitucionais. Da devida relativização desse princípio, como também de sua adequação à nova realidade das demandas que assolam nosso Judiciário, sobretudo no tocante às demandas massificadas, trataremos com maior profundidade em capítulo infra.

1.5 O duplo grau de jurisdição

Não há consenso na doutrina acerca de sua existência, significado, ou extensão, haja vista inexistente disposição constitucional expressa. Posta essa condição, de “todos os princípios constitucionais do processo civil, o mais difícil de ser identificado é o do ‘duplo grau de jurisdição’”.⁶⁸

A despeito da controvérsia, observa LUIZ RODRIGUES WAMBIER, que o instituto faz remissão à idéia de que “se deve evitar a hipótese da falta de controle

⁶⁷ Ibidem. p. 74.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 118.

das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou desprovimento dos recursos)”.⁶⁹

THEODORO JÚNIOR, nessa mesma linha, sustenta que todo “ato do juiz que possa prejudicar um direito ou um interesse da parte deve ser recorrível, como meio de evitar ou emendar erros e falhas que são inerentes aos julgamentos humanos”. Adiante, completa seu raciocínio ao prescrever que deve ter a parte, em sede de regra geral, o “direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão”.⁷⁰

Manifesta-se em sentido contrário, por sua vez, MORAES. Para o autor, a Constituição Federal apenas faz referência à existência de um sistema recursal, juízes e tribunais, porém sem definir, como regra geral, a manifestação dessas duas instâncias em caráter obrigatório. Saliencia, ainda, que existem diversas hipóteses normativas cuja competência originária pertence aos tribunais, fato que evidenciaria a inexigibilidade do duplo grau de jurisdição, além de sua não elevação ao *status* de garantia constitucional⁷¹.

Dessa forma também entende NERY JR, ao nos dizer que “as constituições que se lhe seguiram [à de 1824], limitaram-se a apenas mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. Implicitamente, portanto, havia previsão para a existência do recurso. Mas, frise-se, *não garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição*”.⁷²

Filiamos a corrente doutrinária que concebe o duplo grau de jurisdição como princípio, ainda que implícito, amparando-nos no entendimento de BUENO:

Nessas condições, se é certo que não há *expressamente* garantido, na Constituição Federal, um direito amplo a um duplo grau de jurisdição no sentido destacado de início – o que há, em alguns casos, são recursos que garantem o exercício, desde a Constituição, de *um* duplo grau, o que é bem diferente –, não há como negar que se pode

⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 82-83.

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito** (...). 2008. op. cit. p. 29.

⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2007. op. cit. p. 79.

⁷² NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo** (...). 2000. op. cit. p. 152.

(e se deve) extrair da cláusula do devido processo legal um tal de princípio. É possível falar, entre nós, portanto, de um princípio do duplo grau de jurisdição *implícito*, o que, do ponto de vista de sua densidade normativa, não acarreta qualquer distinção.⁷³

Em sintonia com o que o fora dito no item anterior, igualmente não deve o duplo grau de jurisdição lançar amarras à modernização processual. A própria Constituição Federal, inclusive, já o excepciona ao prescrever competências originárias aos tribunais. Quando for o caso de preteri-lo em defesa de preceitos constitucionais mais elevados, a exemplo do acesso à justiça, da isonomia, e da segurança jurídica, deve-se buscar a devida “ponderação” no intuito de manter a coesão inerente a um adequado “ordenamento-sistema”.⁷⁴

2 A TEORIA GERAL DO PROCESSO E SUAS NOVAS PERSPECTIVAS

2.1 Do paradigma liberal à massificação das demandas

A influência da doutrina liberal pode ser percebida em todos os ramos do Direito, de modo que, no Direito Processual Civil, a situação não é diversa. Até mesmo a noção de jurisdição vinculava-se, nos séculos XIX e XX, às premissas do estado liberal-burguês e do positivismo jurídico. Consolidou-se, a essa época, consoante ensina LÊNIO LUIZ STRECK, a metodologia argumentativa “liberal-individual-normativista”, cuja concepção da lei prescinde-se das variantes histórico-sociais que a cerca⁷⁵. Ou nas palavras de LUIZ GUSTAVO DE ANDRADE:

Segundo essa concepção epistemológica, a atividade judicial é concebida como mera administração da lei pelo Judiciário, instituição tida como neutra, imparcial e objetiva, ficando o intérprete, aplicador do Direito, convertido a um simples burocrata do Direito Positivo. Como o que importa não é a explicação, a compreensão ou a orientação dos comportamentos jurídicos, e sim a tipificação e sistematização de situações normativas hipotéticas, ao agir de modo técnico, isto é, sem preferências valorativas e imunes a questões

⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 121.

⁷⁴ Ibidem. p. 122.

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 293.

político-sociais, o jurista atua limitado pelas garantias formais, da certeza jurídica e do império da lei, postulados fundamentais do modelo paradigmático liberal-burguês do Estado de Direito Positivo.⁷⁶

Sob essa doutrina, nada mais compreensível do que, na lógica do Estado liberal, a tutela jurídica estar essencialmente restrita às liberdades individuais, ou mais especificamente aos direitos fundamentais de primeira geração⁷⁷, como prescreve JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO. Tal limitação ideológica contribuiu para simplificar expressivamente o papel dos operadores do Direito, mormente em termos da realização de uma atividade jurídica construtiva. O magistrado, por exemplo, restringia-se à aplicação automática das normas, a despeito do advento da equidade e quaisquer outros valores inerentes à noção de Justiça⁷⁸.

Soma-se a esse contexto o fato de que, em grande parte do século XIX, não havia distinção significativa entre os campos processual e material do Direito, período esse conhecido como *sincretista*. Essa falta de autonomia do direito processual trazia uma série de complicações práticas, tornado-se insustentável tal situação já ao final do século XIX. Passou-se a exigir uma atuação mais incisiva do magistrado, bem como a adoção de normas e procedimentos mais objetivos, reivindicações que iriam culminar em uma série de institutos que hoje compõem a ciência processual que conhecemos⁷⁹. DINAMARCO bem resume esse processo de transição:

Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objeto o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional. A celeuma provocada por essas afirmações revolucionárias (hoje, tão naturais aos olhos do jurista moderno)

⁷⁶ ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos Metaindividuais Trabalhistas: Fundamentos Constitucionais e Reflexos na Atividade Empresarial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Curitiba. Curitiba, 2008. p. 47.

⁷⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

⁷⁸ ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos** (...). 2008. op. cit. p. 48.

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade** (...). 2009. op. cit. p. 22.

acabou gerando reações em cadeia, que chegaram até à plena consciência da *autonomia* não só da ação, mas dela e dos demais institutos processuais.⁸⁰

A partir de então, assistiu-se ao que a doutrina chama de período *autonomista* do direito processual, marcado especialmente por grandes construções doutrinárias acerca da natureza da ação e do processo, bem como das condições daquela e da definição dos pressupostos deste. Firmou-se o direito processual como ramo científico autônomo, centrando-se às discussões no amadurecimento dos conceitos e institutos⁸¹.

De outro lado, a efervescência oriunda da conflituosidade social, sempre presente nesse mesmo século, fora responsável por influenciar o direito e igualmente a ciência processual, haja vista que o fortalecimento dos partidos políticos, sindicatos, e o aumento de complexidade das relações sociais acabou por gerar uma demanda de direitos que extrapolava o arcabouço teórico vigente, forçando o surgimento de um novo paradigma jurídico⁸².

Inundaram-se, assim, as constituições com direitos que não mais se limitavam a abstenções estatais. Exigia-se, e cada vez mais, uma atuação positiva do Estado no sentido de garantir direitos, a exemplo dos direitos à assistência social, à saúde, à educação, ao trabalho. Tratava-se dos direitos sociais, ou de segunda geração⁸³.

Tornou-se inconcebível, com o advento do Estado Constitucional, uma percepção da atividade jurisdicional limitada à mera aplicação da “letra da lei” ao caso concreto. Cabia ao magistrado, agora, interpretar a legislação vigente de acordo com a sistemática constitucional, no escopo último de concretizar seus princípios e objetivos⁸⁴.

⁸⁰ Ibidem, p. 18-19.

⁸¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; [et al]. **Teoria Geral** (...). 2008. op. cit. p. 48.

⁸² ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos** (...). 2008. op. cit. p. 50.

⁸³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 2011. op. cit. p. 518.

⁸⁴ ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos** (...). 2008. op. cit. p. 51.

No século seguinte, as revoluções científicas e tecnológicas experimentadas pela humanidade resultaram em profundas, complexas, e irreversíveis alterações sociais. Tanto o é, que se considera o século XX como o século dos novos direitos, dos quais podemos citar como exemplos: direito ambiental, biodireito, direito da comunicação, direitos humanos, direitos do consumidor, e outros mais⁸⁵. Por conseguinte, tem-se que:

[...] o desenvolvimento social trouxe as relações jurídicas a uma realidade composta por duas características principais: a primeira, atinente à consideração de novos direitos tidos por fundamentais, de titularidade indeterminada, porque coletiva: são os direitos metaindividuais, de terceira geração; a segunda característica leva em conta o estado das sociedades modernas, num mundo neoliberal, globalizado e padronizado.⁸⁶

Com efeito, as relações sociais tornaram-se, em decorrência de tais transformações, fundamentalmente massificadas, restando precário e limítrofe o modelo de Judiciário pautado sobre o paradigma liberal da conflituosidade, como bem adverte CUNHA:

[...] a atividade econômica moderna, corolário do desenvolvimento do sistema de produção e distribuição em série de bens, conduziu à insuficiência do Judiciário para atender ao crescente número de feitos que, no mais das vezes, repetem situações pessoais idênticas, acarretando a tramitação paralela de significativo número de ações coincidentes em seu objeto e na razão de seu ajuizamento.⁸⁷

Em termos processuais, em um primeiro momento, essa massificação das relações sociais e, conseqüentemente, das demandas do Judiciário, conduziu à coletivização das demandas. Portanto convém discorrer brevemente acerca do direito processual coletivo.

⁸⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-3.

⁸⁶ ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos** (...). 2008. op. cit. p. 54.

⁸⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009. p. 236.

Tutelam-se, através do processo coletivo, os direitos de origem coletiva em sentido estrito, direitos difusos, e os direitos individuais homogêneos. Os primeiros fazem referência aos direitos de indivíduos que pertencem a um mesmo grupo, uma mesma classe, desde que presente um liame jurídico, entre si ou com a parte contrária. Quanto aos direitos difusos, podem ser definidos como interesses transindividuais não divisíveis, cujos titulares são indeterminados e ligam-se através de uma situação de fato. Já os direitos individuais homogêneos, têm como requisitos a origem comum e a homogeneidade.⁸⁸

Ocorre que a realidade de massificação das demandas hodiernas não mais comporta a tutela específica dos direitos transindividuais somente assim considerados. Surge, ao lado de tais categorias, uma espécie de direito repetido, ao quais se distanciam dos direitos individuais homogêneos por não prescindirem de origem comum. É o que nos ensina RENATO XAVIER DA ROSA ao nos dizer que estes também não perfazem coletividade qualquer, na medida em que:

Não há coletividade entre os vizinhos distantes, além do fato de morarem na mesma vizinhança. Não há coletividade entre os usuários de um produto, além do fato de todos utilizarem o mesmo produto. Mas se todos eles tiverem um direito contra uma pessoa (uma diferente para cada um deles), aí todos terão um mesmo direito, ainda que cada um tenha de exigí-lo de pessoas diferentes. [...] Esse já é o fato suficiente que os une e permite que todos tenham suas demandas julgadas da mesma forma, seja extinguindo-se todas elas com procedência ou improcedência do pedido. Este é o liame que as une. Mas não se trata, contudo, de uma coletividade, no sentido que se empresta ao vocábulo nos processos coletivos. Coletividade haveria se houvesse um liame jurídico. O laço que há é exclusivamente de fato: coincidentemente todos têm um direito semelhante aos demais, exercível contra pessoas diferentes.⁸⁹

É notória, por seu turno, a insuficiência, em termos de efetividade e celeridade processual, no trato das demandas apenas nessas duas direções, “individual x coletiva”. Como bem observa KAZUO WATANABE, faz-se mister buscar a reunião das demandas atomizadas, dispensando-lhes tratamento em nível molecular, ou

⁸⁸ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010**. Monografia (Curso de Pós-Graduação – stricto sensu – em Direito). Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 9.

⁸⁹ Ibidem. p. 11.

seja: é preciso reunir as causas semelhantes no intuito de otimizar a administração das mesmas por parte da Justiça. Até porque, do ponto de vista dos princípios da isonomia e da segurança jurídica, lides com pedidos idênticos, e com fundamento na mesma causa de pedir, devem ter igual desfecho no mundo jurídico⁹⁰.

É o que busca o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas do Novo CPC, dar tratamento coletivo às demandas que, embora não se encaixem na definição dos direitos coletivos, exigem um tratamento conjunto sob a perspectiva de uma melhor administração dos processos pelo Poder Judiciário⁹¹.

A própria noção de função social e de escopos institucionais do processo assim o exige, uma vez que, segundo JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, deve “o procedimento adaptar-se às necessidades da relação substancial” e “só se pode falar em efetividade do processo se o resultado for socialmente útil, proporcionando o acesso à ordem jurídica justa”.⁹² Sobre o tema, passamos a discorrer no item seguinte.

2.2 A função social e os escopos institucionais do processo

O termo “função social”, no entendimento de JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS, deve ser percebido como “resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente”. Para o mestre baiano, pouco importa que se traduza essa atividade em “exercício de direito, dever, poder ou competência”, haja vista que relevantes serão, para a delimitação do conceito de função, “as conseqüências que ela acarreta para a convivência social”.⁹³

⁹⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel; Watanabe, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988. p. 131.

⁹¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução** (...). 2010. p. 7.

⁹² BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. **Direito e Processo**. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 127.

⁹³ PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3198>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

Frente à temática processual, pode-se inferir que o processo também deve submeter-se a uma função social, cujos dois objetivos capitais são delimitados em lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

I) A promoção da igualdade, pela eliminação ou atenuação das diferenças de tratamento entre os membros da sociedade, em razão da diversidade de condição econômica, posição social, cultural, racial, religiosa ou política;

II) A otimização do sistema jurídico, a fim de assegurar, na medida necessária, a primazia dos interesses da coletividade sobre os estritamente individuais.⁹⁴

Com base em tais premissas, figura-se inadmissível compreender o processo civil como instrumento distante da realidade social que o cerca, consoante afirma convicção de EDUARDO CAMBI:

Assim, o estudioso do processo civil não pode tomar como objetivo exclusivo de suas análises e de suas pesquisas apenas as regras processuais, consideradas, apenas, como uma parcela do sistema jurídico. Os dispositivos processuais devem ser compreendidos à luz da realidade social para as quais foram predispostos, o que impõe aos processualistas e aos operadores jurídicos deixar de lado a pureza e a cientificidade de sua disciplina para se ocupar dos problemas da administração da justiça. Essas questões tocam diretamente o processo civil, devendo ser estudadas pelos juristas e não apenas pelos políticos, sociólogos e filósofos do Direito. Entretanto, a maioria dos nossos Manuais de Processo Civil trata apenas de uma abordagem estritamente dogmática (tecno-jurídica) dos institutos processuais, deixando-os de contextualizá-los com a realidade social em que são aplicados, o que os levam muitas vezes a cair no equívoco de calcarem a ciência processual em conceitos que, não raro, encontram respaldo na dinâmica da vida. Essa visão estreita incorre, fechando no hernetismo técnico-jurídico das regras processuais, em um grave equívoco, uma vez que o processo, como todo fenômeno jurídico, antes de assim ser, é um fenômeno social, que serve como um instrumento ou um meio (não como um fim) para realização da justiça, que é um valor eminentemente social.⁹⁵

⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *La igualdad de las partes em el proceso civil*. Temas de Direito processual; quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67-68.

⁹⁵ CAMBI, Eduardo. *Função Social do Processo Civil. Tutela Jurisdicional Coletiva*. Coordenadores Fredie Didier Jr. e José Henrique Mouta. Editora Jus Podivm: Salvador, 2009. p. 168.

No seio de uma sociedade que se desenvolve a luz do Estado Democrático de Direito, necessariamente deve-se afiançar ao cidadão a salvaguarda das garantias materiais que lhe foram constitucionalmente positivadas. Acima de tudo, porém, revela-se indispensável avaliar a este mesmo cidadão o direito de servir-se do Judiciário na medida em que houver transgressão a esses direitos⁹⁶.

Somente ter-se-á por justa, doravante, uma sociedade que busque o efetivo acesso à justiça, com a finalidade de concretizar a realização dos deveres do Estado. Nesse contexto, a função social do processo deve ser concebida no sentido de afirmar toda essa aspiração jurídico-ideológica, qual seja a de que o “processo se converta em instrumento que possibilite ao cidadão buscar e conquistar – para si e para todos –, uma sociedade livre, justa e solidária”.⁹⁷

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART visualizam o processo como um instrumento empregado ao exercício da jurisdição pelo magistrado, de acordo com os procedimentos definidos em lei, os quais necessariamente devem estar de acordo com as normas e os valores constitucionais⁹⁸.

Por sua vez, DINAMARCO entende ser insuficiente e vaga a afirmação de que seria o processo instrumento, caso esteja esta desacompanhada da especificação devida quanto aos “objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego”⁹⁹. Explica o autor tal assertiva:

Todo instrumento, como tal, é *meio*; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos *fins* a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir, então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual. [...] Fixar os escopos do

⁹⁶ BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2778, 8 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18428>>. Acesso em: 04 jul. 2011. p. 3.

⁹⁷ Ibidem. p. 3.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade** (...). 2009. op. cit. p. 177.

processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua *utilidade*. Trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade. Daí o relevo de que é merecedora a problemática dos escopos do sistema processual e do exercício da jurisdição.¹⁰⁰

Definiu DINAMARCO três espécies de escopos para delimitar o grau de utilidade do processo. São eles: os sociais, os políticos, e os jurídicos. Passamos então à pertinente análise de cada um isoladamente.

Quanto aos *escopos sociais*, o primeiro diz respeito ao objetivo fundamental de *pacificação com justiça*, perseguido tanto pela função legislativa quanto jurisdicional. Deve o Estado, com vistas à consecução desse fim último, buscar contornar as insatisfações sociais através de uma justa composição dos litígios, porquanto esse seria, em análise última, o fim precípua pelo qual o processo existe e se legitima na sociedade. Sob tal perspectiva, Direito e processo formam um sistema unívoco, direcionado à pacificação dos conflitos.

Já no tocante ao viés *educacional* dos escopos sociais, exprime-se tal relação pelo efeito que o exercício contínuo da jurisdição desempenha no meio social, qual seja o de conscientizar os membros de uma coletividade acerca de seus Direitos e obrigações, além da necessidade imperativa de utilização do Judiciário para composição dos conflitos. Em suma, esse segundo escopo social poder-se-ia definir como: *educação para a defesa de direitos próprios e respeito aos alheios*.

For fim, a relação entre os escopos sociais e a técnica processual exige que estas devem ser pensadas e utilizadas de acordo com esses, ao passo que, nesse contexto, denota-se ao magistrado central importância, uma vez que este necessita zelar pelo impulso e bom andamento do processo¹⁰¹.

Sobre os *escopos políticos*, nos traz o autor que há grande interdependência entre o sistema processual e a Política, até porque a própria atividade jurisdicional insere-se em seu bojo. E esclarece:

¹⁰⁰ Ibidem. 177-178.

¹⁰¹ Ibidem. p. 188-197.

São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.¹⁰²

Em outras palavras, têm-se como finalidades políticas do processo as funções de concorrer para a estabilidade das instituições políticas, para exercício efetivo da cidadania, e para preservação da liberdade como valor. A partir dessa relação, estrutura-se o que DINAMARCO denomina de “jurisdição constitucional das liberdades”, um verdadeiro “complexo de meios preordenados ao exercício da jurisdição, em casos concretos, com vista a efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional”. Podemos citar como exemplos o Hábeas Corpus, o Mandado de Segurança, e a Ação Popular¹⁰³.

Os *escopos jurídicos*, por fim, dizem respeito à repercussão, no próprio mundo jurídico, da utilização das técnicas e instrumentos processuais. Segundo DINAMARCO:

Embora seja o direito uma ciência normativa e portanto *social*, sendo social tudo quanto é jurídico, existe um modo de ver os fenômenos do direito exclusivamente como tais e pelo significado jurídico que têm, sem atentar à sua inserção na vida da sociedade. Tal é a visão estritamente jurídica que, enquanto aplicada ao estudo do processo e dos seus escopos, mostra-se insuficiente e estéril, clamando por complementação no plano político e no propriamente social. A perspectiva estritamente jurídica do sistema processual constitui reflexo do segundo momento histórico da sua ciência, consistente na afirmação da autonomia conceitual e metodológica e aprimoramento interno do sistema. O terceiro momento, visivelmente instrumentalista, é assim justamente por força da percepção das responsabilidades que

¹⁰² Ibidem. p. 198-199.

¹⁰³ Ibidem. p. 200.

perante a nação e sua estrutura política o processo é chamado a assumir. Isso não significa, todavia, execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico. É de suma importância e vital relevância na técnica processual a definição do modo como o processo e os seus resultados repercutem no sistema jurídico [...].¹⁰⁴

Assim, o problema dos escopos do processo tem de ser entendido por aqueles que pretendam analisar técnica processual de qualquer natureza. Processualista algum pode deixar de submeter as técnicas a uma revisão apenas quando já desenhadas as finalidades processuais. Além do mais, o próprio estudo dos meios de tutela só poderá justificar-se quando estes se mostrem relevantes à concretização dos referidos escopos.

2.3 A efetividade através da instrumentalidade processual

Poucos temas têm demandado tantos esforços do processualista contemporâneo quanto à questão da efetividade da prestação jurisdicional. Se outrora as atenções voltavam-se para o “acesso à justiça” e o “devido processo legal”, hoje as principais reflexões no âmbito da ciência processual direcionam-se aos resultados práticos que devem ser proporcionados por esse “acesso”, no plano material, exterior ao processo¹⁰⁵. Em linhas gerais, define BUENO:

Sua noção nuclear [...] repousa em verificar que, uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, e que, por isto mesmo, justifique a atuação do Estado-juiz (a prestação da “tutela jurisdicional”), seus resultados devem ser *efetivos*, isto é, *concretos, palpáveis, sensíveis*, no plano *exterior* do processo, isto é, “fora” do processo.¹⁰⁶

Na mesma linha de raciocínio, entende GRINOVER que o estudo do direito processual obrigatoriamente volta-se para questão da efetividade do processo, uma vez que trata-se “da mais moderna linha metodológica da ciência processual,

¹⁰⁴ Ibidem. p. 208.

¹⁰⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 147.

¹⁰⁶ Ibidem p. 146.

voltada à investigação das raízes políticas e sociológicas do processo e crítica ao processo [...]”.¹⁰⁷

Na visão de CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, nasce a efetividade como valor a ser perseguido pelo processo, no intuito de corresponder às expectativas da sociedade atual, através da revisão e criação de técnicas processuais comprometidas com uma tutela jurisdicional que de fato concretize direitos. Deve transcender o processo à noção limítrofe de “instituto de tutela jurídica de direitos subjetivos privados”, ao privilegiar seu resultado social e obtenção de decisões verdadeiramente justas¹⁰⁸.

Nas palavras de THEODORO JÚNIOR:

Estudar processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais. É na produção desses resultados, em nível satisfatório, que se poderá definir a maior ou menor efetividade do processo.¹⁰⁹

Diante de tais perspectivas, prossegue THEODORO JÚNIOR, valendo-se de ensinamento de BEDAQUE:

Instrumentalismo e efetividade são idéias que se complementam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar na sua compreensão e no seu uso a técnica que se revele mais adequada para que o instrumento produza sempre o resultado almejado: “a solução das crises verificadas no plano do direito material é a função do processo”, de sorte que quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.¹¹⁰

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução** (...). 1996. op. cit. p. 225.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66-67.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito** (...). 2008. op. cit. p. 15-16.

¹¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Efetividade do Processo e Técnica Processual: tentativa de compatibilização. Tese para concurso de professor titular da USP. São Paulo: 2005. p. 16. *Apud* THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito** (...). 2008. op. cit. p. 15-16.

Essa busca pela efetividade, consoante depreende-se dos escritos acima, deve ser necessariamente entendida através da visão instrumental do processo, como nos ensina EDUARDO DE AVELAR LAMY:

O desenvolvimento do processo não pode perder de vista a sua função instrumental em relação ao direito substancial. Embora o processo seja mais do que meio através do qual a jurisdição aplica o direito material ao caso concreto (tal a importância das garantias processuais fundamentais), não há dúvida de que o processo necessita estar cada vez mais próximo ao direito material, pois pouco vale o instrumento sem a substância.¹¹¹

Não que a referida busca signifique o abandono total à observância das formas procedimentais, porquanto a técnica processual reclama tal emprego. No entanto, o uso de tais formas justifica-se apenas no âmbito das garantias atinentes ao devido processo legal, visto que “processo devido é processo efetivo”.¹¹² O formalismo “doentio e abusivo” vai de encontro ao escopo pacificador do processo, podendo obstar o oferecimento de uma tutela jurisdicional efetiva¹¹³.

É dever do aplicador do direito processual civil hodierno tomar “cuidado mais acentuado com o caráter realmente instrumental do processo”, com a finalidade de evitar “os inconvenientes da tecnocracia forense, a qual uma vez exacerbada frustraria por completo as metas reformistas do direito positivo”.¹¹⁴

E conclui THEODORO JR: “Efetivo, portanto, é o processo justo, ou seja, aquele que, com a celeridade possível, mas com respeito à segurança jurídica (contraditório e ampla defesa), proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.¹¹⁵

¹¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 79.

¹¹² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual** (...). 2011. op. cit. p. 73.

¹¹³ THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de Direito** (...). 2008. op. cit. p. 16.

¹¹⁴ Ibidem. p. 17.

¹¹⁵ Ibidem. p. 16.

3 O TRATAMENTO COLETIVO DAS CAUSAS REPETITIVAS E O ACESSO À JUSTIÇA

3.1 As causas repetitivas e a demanda de um regime processual específico

Na análise de CUNHA, a sociedade hodierna passa pelo constante crescimento da quantidade de litígios, oriundo da cada vez mais complexa rede de relações sociais de nosso tempo. Infrutíferas serão, segundo o autor, as tentativas de conter esse inevitável “agigantamento” de conflitos, ao passo que se deve buscar a adoção de novas práticas processuais em detrimento dos instrumentos tradicionais¹¹⁶.

Essa crescente massificação das demandas, detentora de características peculiares, caso comparada tanto às demandas coletivas quanto às individuais, também é assim percebida por ANTONIO ADONIAS AGUIAR BASTOS, o qual adverte:

A massificação e a padronização das relações jurídico-materiais provocaram sensível incremento em relação à quantidade de conflitos que delas surgem e que são vertidos ao Poder Judiciário. Estes fenômenos também alteraram o perfil das demandas, que passaram a ser isomórficas, estabelecendo uma terceira categoria de causas, ao lado das demandas individuais e das coletivas (*class actions*). [...] O grande volume de causas repetitivas vem assoberbando o Judiciário e provocando a criação de mecanismos legais para a solução em bloco destas lides.¹¹⁷

Embora haja um regime próprio para o trato das demandas coletivas, tal sistematização tem-se mostrado insuficiente para resolver tamanha quantidade de litígios. Isso porque, o regime de tratamento das causas coletivas não se ajusta às causas repetitivas, as quais, embora não perfaçam essa coletividade em sentido estrito, multiplicam-se em nossos tribunais por tratarem da mesma tese ou fundo de direito, sem que no entanto seja possível dispensar-lhes tratamento coletivo.

¹¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 237.

¹¹⁷ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Devido Processo Legal nas Causas Repetitivas**. In: Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 52.

Prescreve CUNHA, que para “essas causas repetitivas, é preciso que se conceba um regime processual próprio, com dogmática específica, que se destine a dar-lhes solução prioritária, racional, e uniforme”.¹¹⁸

Mesmo entendimento possui RENATO XAVIER DA SILVEIRA ROSA, ao nos dizer que a realidade das demandas massificadas torna imperiosa a criação de um regime procedimental próprio, não apenas partindo do ponto de vista dos princípios e garantias constitucionais, mas, sobretudo, com base nos escopos institucionais do processo¹¹⁹. Aduz ainda o autor que:

[...] as demandas individuais e repetitivas devem ser tratadas enquanto tais, repetitivas, e devem ser julgadas de acordo com essa natureza, com resultados semelhantes para situações semelhantes, esta a verdadeira expressão da garantia da igualdade estampada no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.¹²⁰

Trata-se, ao mesmo tempo, da aplicação do *princípio da adequação do processo*, sob a perspectiva legislativa, decorrente, esse, das garantias do acesso à justiça, do devido processo legal e da nova percepção do processo como instrumento do direito substancial. MARINONI possui entendimento nessa mesma direção, e preconiza ser o princípio da adequação, ainda, verdadeira imposição do direito fundamental a uma tutela efetiva¹²¹.

Na dicção de DIDIER JR:

Inicialmente, a própria construção do procedimento deve ser feita tendo-se em vista a natureza e as peculiaridades do objeto do processo a que servirá; o legislador deve atentar para estas circunstâncias, pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional. O princípio da adequação não se refere apenas ao procedimento. A tutela jurisdicional há de ser adequada; o procedimento é apenas uma forma de encarar esse fenômeno.¹²²

CUNHA faz a devida relação entre o princípio da adequação e a realidade de multiplicação das demandas dessa espécie de “direito repetido”. In verbis:

¹¹⁸ Ibidem. p. 237.

¹¹⁹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução (...)**. 2010. p. 8.

¹²⁰ Ibidem. p. 7.

¹²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. op. cit. 1999. p. 204.

¹²² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual (...)**. 2011. op. cit. p. 75.

É preciso, enfim, haver uma adequação do processo às particularidades do caso concreto. Para que a tutela jurisdicional seja efetiva, concretizada pela existência de um devido processo legal, é preciso que haja adequação. [...] O processo deve adequar-se às situações repetitivas. Há problemas que atingem, em massa, uma grande quantidade de pessoas, as quais ingressam em juízo na busca do reconhecimento de seu direito, acarretando um significativo número paralelo de causas que versam sobre um mesmo tema. [...] A dogmática tradicional quanto à atividade processual não se revela suficiente para dar solução rápida a essas demandas repetitivas. Numa sociedade em que se exige celeridade processual, a ponto de constituir princípio constitucional o da razoável duração dos processos (CF/88, art. 5º, LXXVIII), é preciso que as demandas de massa tenham “soluções de massa”, ou seja, recebam uma solução uniforme, garantindo-se, inclusive, o princípio da isonomia.¹²³

Diante do potencial de repetição dessas demandas, necessitam estas de tratamento conjunto e prioritário, a fim de que se decida com maior brevidade a tese que deve ser adotada para esses casos, sob pena de constante congestionamento de nossas instâncias judiciais. Assim adverte SIDNEI AGOSTINHO BENETI, ao nos ensinar que a por ele denominada *macrolide*:

[...] exige definição jurisprudencial urgente, a fim de estabilizar orientação jurídica que norteie a prática de atos jurídicos pelos interessados. A demora na consolidação jurisprudencial relativa às macrolides provoca a elevação no número de processos em todos os graus de jurisdição, contribuindo decisivamente para o congestionamento da máquina judiciária. A urgência na definição impõe ao sistema processual a adoção de instrumentos capazes de conduzir ao resultado de julgamento absolutamente prioritário, a fim de que rapidamente se forme diretriz jurisprudencial que oriente o agir do meio jurídico negocial, de modo a frustrar-se o surgimento de novas lides.¹²⁴

A “litigância de massa é, como se pode perceber, uma realidade dos tempos atuais. É preciso adaptar as regras processuais a essa realidade, com a criação de mecanismos específicos que permitam um tratamento conjunto dos processos”.¹²⁵

Parafraseando a idéia do italiano PAOLO BIAVATI, diante desse contexto nos coloca CUNHA a conveniência de se adotar algumas medidas:

¹²³ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 238-239.

¹²⁴ BENETI, Sidnei Agostinho. **Assunção de competência e fast-track recursal**. RePro. São Paulo: RT, n. 171, maio 2009. p. 11-12. *Apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 241.

¹²⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 243.

Em primeiro lugar, o esforço para construir um processo que mais se adapte às particularidades do caso concreto valendo dizer que deve haver elasticidade e flexibilidade no procedimento. Em segundo lugar, a eliminação das regras que não atendem às exigências da instrumentalidade, impondo a adoção de medidas que afastem os vícios ou erros de procedimento, em prol da análise do mérito e da resolução do litígio. Deve-se, ainda, adotar uma linguagem simples e compreensível, evitando linguagem rebuscada, hermética e de difícil compreensão. E, finalmente, cumpre simplificar o rito, facilitando a resolução do mérito.¹²⁶

É o que se pretende fazer, pois, com o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: adequar o rito, o procedimento, à natureza repetitiva dessas demandas. Cuida-se, com a criação do instituo em estudo, do tratamento em nível molecular das demandas atomizadas, para utilizar a já referida expressão de WATANABE. O seguinte trecho da exposição de motivos do anteprojeto do Novo CPC bem retrata essa intenção:

Criou-se o incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, a que adiante se fará referência. Por enquanto, é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos “tempos mortos” (= períodos em que nada acontece no processo). Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.¹²⁷

[...] Com os mesmos objetivos [de evitar a dispersão excessiva da jurisprudência], criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma

¹²⁶ BIAVATI, Paolo. Europa e Processo Civile: Metodi e Prospettive. Torino: Giappichelli, 2003. p. 161-162. *Apud* CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 243.

¹²⁷ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Anteprojeto** (...). Brasília: Senado Federal-DF, Presidência, 2010. p. 16-17

questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.¹²⁸

3.2 A tendência de valorização do precedente judicial

Ao lado dessa necessidade de tratamento coletivo às demandas de natureza repetitiva podemos colocar a questão da valorização do precedente judicial. A identidade da tese de direito debatida nesses casos reclama reforço dos mecanismos comprometidos com a uniformização da jurisprudência, tendo como fim último uma desejável previsibilidade das decisões judiciais, conforme já abordado em momento anterior¹²⁹.

Essa é uma realidade, e uma tendência, cada vez mais presente no ordenamento dos mais variados países, mesmo aqueles cujo ordenamento deriva da família da *Civil Law*¹³⁰. Sobre o tema nos explica BUENO:

O fato é que cada vez mais a existência de “precedentes judiciais” tem sido responsável pela produção de efeitos para dentro do processo e, como tais, eles não podem, desde sua gênese, até sua aplicação diuturna, passando evidentemente, por suas inevitáveis transformações, ser olvidados por quem se predispõe a estudar o direito processual como um todo.¹³¹

É consabido não ser próprio da lógica de um judiciário que se pretende “sistema”, submeter-se ao sabor de julgamentos díspares, em desacordo com as decisões da maioria dos julgadores. Não que se tenha de engessar a função interpretativa do juiz de modo a impedir qualquer revisão de posicionamentos ora dominantes; ocorre é que ao destinatário da atividade jurisdicional convém conferir um grau mínimo de certeza acerca do entendimento do Poder Judiciário em sede de matérias já debatidas.

A mesma opinião pode ser extraída das palavras de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO:

¹²⁸ Ibidem. p.21.

¹²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 241.

¹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado** (...) 2007. op. cit. p. 73.

¹³¹ Ibidem. p. 74.

Hoje é indisputável que os jurisdicionados não mais podem continuar recebendo respostas judiciais absolutamente díspares, em casos substancialmente iguais, mormente em assuntos que empolgam milhares, senão milhões, de cidadãos, como ocorre nas chamadas demandas múltiplas, ajuizadas em razão de certos interesses de massas, como os defluentes de programas governamentais, ou na cobrança de determinado tributo, ou em matéria previdenciária, ou ainda em pleitos envolvendo grupos de consumidores.¹³²

Na mesma esteira, esclarecedora lição nos fornece CUNHA:

Realmente, para que se possa garantir a supremacia da lei, é preciso que se disponibilizem mecanismos para que ela seja aplicada de modo uniforme a todos que, no mesmo contexto histórico-social, encontrem-se na mesma situação. Ora, se o ordenamento jurídico deve manter unidade e coerência, é forçoso concluir que a aplicação da lei deve ser feita de modo idêntico para todos que se encontrem na mesma situação de fato. Constituindo o Direito um sistema, deve manter as qualidades de ordenação e de unidade, na medida em todo sistema contém uma ordem e uma unidade. [...] A necessidade de se manter coerência, ordem e unidade no sistema, impondo que casos idênticos sejam solucionados da mesma maneira, privilegia os princípios da isonomia e da legalidade, conferindo mais previsibilidade para casos similares ou idênticos e afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou vicissitudes pessoais do julgador.¹³³

Contra a referida tendência insurgem-se aqueles que entendem ser temerário o cerceamento da atividade interpretativa do juiz, sobretudo no tocante à atividade jurisdicional de primeira instância¹³⁴. Entretanto, é do nosso entender que os benefícios a serem proporcionados por essa vinculação encontram-se em maior consonância com as diretrizes constitucionais, mormente quanto às fundamentais questões de tratamento isonômico e segurança jurídica.

Acerca do tema, convém trazer lição de DINAMARCO, ao passo que este faz referência à necessária limitação a ser atribuída à independência hermenêutica dos magistrados:

¹³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

¹³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas (...)**. 2009. p. 242-243.

¹³⁴ BARROS, Janete Ricken Lopes de. **A busca da solução para as demandas repetitivas no 1º grau de jurisdição e o pretendido efeito vinculante no novo Código de Processo Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2639, 22 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17426>>. Acesso em: 10 jul. 2011. p. 1.

Sou declarado defensor da grande liberdade interpretativa do juiz. Mas essa liberdade não pode ser absoluta, a ponto de ele julgar segundos seus sentimentos pessoais e não como canal de comunicação entre os valores da sociedade e o caso em que atua. O que está à base desse pensamento é a regra da impessoalidade no exercício da jurisdição. Por outro lado, decisões conflitantes geram incertezas e inseguranças. Que os juízes inovem, sim. Mas é preciso que os próprios juízes, apreciando o que vem sendo decidido, parem para refletir e nesse momento de reflexão afastem interpretações que podem ser pessoais e passem a manifestar-se de modo institucionalizado. Daí a legitimidade dos meios pelos quais se busca a uniformização dos modos de decidir.¹³⁵

Ademais, como nos lembra CUNHA:

Se é verdade que o princípio da isonomia vincula o legislador, impondo-lhe que não edite normas cujos dispositivos encerrem discriminação desarrazoada, deve nortear também a atividade judicial, não somente porque ao juiz incumbe conferir tratamento igualitário às partes no processo (CPC, art. 125, I), mas também porque lhe cabe dar solução idêntica a casos iguais.¹³⁶

Por tudo o que foi dito, é possível inferir que às demandas de massa, ora em estudo, é imperativa a sistematização de um regime jurídico específico de tratamento, que se oriente, fundamentalmente, pelos princípios da isonomia e da segurança jurídica, “com a adoção de medidas prioritárias tendentes tanto à uniformização da jurisprudência quanto às questões jurídicas contidas nas causas repetitivas”.¹³⁷

Tal tendência de tratamento às demandas de massa, contudo, não significa novidade significativa na ciência processual contemporânea. O Legislativo de países como Alemanha, EUA, Inglaterra e Itália, percebeu, já há algum tempo, que a realidade inerente a uma sociedade de massas extrapola os limites do paradigma liberal do processo, tornando imprescindível a criação de institutos dedicados às demandas repetidas.

No tópico seguinte, passamos a estudar em maiores detalhes a alternativa brasileira a essa problemática, apresentada no PL nº 8,046/2010, atualmente em

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Decisões vinculantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n. 100, 2000. p. 182

¹³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas** (...). 2009. p. 242.

¹³⁷ Ibidem. p. 243.

trâmite no Congresso nacional, cuja inspiração assenta-se no *musterverfahren*, instituto de origem alemã¹³⁸.

3.3 O IRDR e o Projeto de Lei do Novo CPC

3.3.1 A origem: o modelo alemão do *musterverfahren*

Consoante nos mostra o estudo de ROSA, o incidente de resolução de demandas repetitivas origem no modelo alemão para o trato de demandas repetitivas já em primeiro grau, o denominado *musterverfahren*. Não constitui o instituto brasileiro, entretanto, cópia fiel de sua inspiração¹³⁹.

Vê-se tal origem expressa na própria “exposição de motivos” elaborada pela comissão de juristas que compôs o anteprojeto do Novo CPC, conforme nota de rodapé nº 19:

No direito alemão a figura se chama Musterverfahren e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI ALESSANDRO e VALERIO VALLEFUOCO, Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo, Milão, Giufre, 2008, p. 178).¹⁴⁰

Sua entrada em vigor, na Alemanha, se deu no ano de 2005, após pressão de grandes companhias alemãs que cobravam do parlamento a concepção de um instrumento processual semelhante às *class actions* norte-americanas. Sua atuação consiste, fundamentalmente, nas ações concernentes às empresas do mercado de capitais – demandas extremamente massificadas – ao julgar conjuntamente, de maneira incidental, questões de fato ou de direito que atinjam os investidores de determinada organização¹⁴¹.

¹³⁸ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução (...)**. 2010. p. 13.

¹³⁹ Ibidem. p. 13.

¹⁴⁰ BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Anteprojeto (...)**. 2010. p. 21.

¹⁴¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução (...)**. 2010. p. 14.

O objetivo do *musterverfahren*, nos dizeres de ANTONIO DO PASSO CABRAL, reside em estabelecer e orientar posicionamento acerca de questões que versem sobre matéria de fato ou de direito que encontrem assento em grande quantidade de causas¹⁴², ou seja, as demandas repetitivas já identificadas acima.

O procedimento tem início com requerimento feito ao juízo *a quo* pelo autor ou réu, sendo vedada sua instauração de ofício. Deve a parte embasar seu pedido com as razões que fundamentem a necessidade do incidente, bem como a devida repercussão geral do pedido. O procedimento piloto¹⁴³ – tradução possível para o termo – é de natureza solar, resultando em decisão que servirá como padrão a “vincular e a servir de referência para a resolução de uma pluralidade indeterminada de controvérsias referente a um grupo de sujeitos que se encontre na mesma situação, ostentando o mesmo interesse”.¹⁴⁴

Não terá cabimento o incidente na análise de hipóteses em que: a causa individual estiver concluída para julgamento; houver, com a instauração do incidente, atitude eminentemente protelatória; for inadequado o meio de prova requerido; não houver necessidade de solução coletiva. Assim sendo, indeferido deve ser o pedido de instauração do *musterverfahren*. Já em caso de deferimento, o juízo de origem determina a sua inclusão no “boletim das ações”, espécie de cadastro on-line, com vistas à publicização. Mesmo destino têm os outros pedidos acolhidos¹⁴⁵.

Em seguida, dá-se início a contagem de um prazo de quatro meses. Nesse período, havendo a inserção no referido cadastro eletrônico de, ao menos, dez pedidos referentes à mesma questão, será instaurado o “Procedimento-Modelo”, onde um tribunal imediatamente superior dará solução à questão em caráter coletivo. O tribunal escolherá, ainda, “líderes”, ou representantes para as partes envolvidas, os quais desempenharão o papel “porta-vozes dos autores e dos réus das causas repetitivas”.¹⁴⁶

¹⁴² CABRAL, Antonio do Passo. **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma Alternativa às Ações Coletivas**. *Repro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 147, maio 2007. p. 176-177.

¹⁴³ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução (...)**. 2010. p. 14.

¹⁴⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. **As causas repetitivas (...)**. 2009. p. 245.

¹⁴⁵ *Ibidem*. p. 245.

¹⁴⁶ *Ibidem*. p. 246.

O próximo passo caracteriza-se pela suspensão dos processos que tratem de idêntica questão de fato ou de direito, em caráter irrecurível, a fim de que aguardem o desfecho do incidente em sede da instância superior. Contudo, qualquer interessado poderá contribuir para com a solução do incidente, inclusive através do alargamento de seu objeto.¹⁴⁷

A decisão modelo é, então, proferida, possuindo eficácia vinculante a todas as demandas que se encontram suspensas desde a instauração do procedimento. Após, cada juiz de primeiro grau deve julgar individualmente cada uma das ações, obedecendo à eficácia da decisão-modelo quanto às questões comuns.¹⁴⁸

Esse é o procedimento-modelo, adotado na Alemanha, no setor de mercado de capitais. Passemos, pois, ao estudo da proposta brasileira.

3.3.2 *A sistematização do incidente no Novo CPC*

O panorama jurídico de criação do Novo CPC, bem como do incidente em estudo, remonta a uma realidade judiciária brasileira extremamente contenciosa. Estima-se que temos, todos os anos, cerca de trezentos mil processos distribuídos ao STJ, algo perto de cem mil ao STF, além de aproximadamente 15 mil processos para julgamento na atividade de primeira instância¹⁴⁹.

Ainda segundo ROSA, essa evidente “litigiosidade” é agravada por uma excessiva massificação de demandas, ou em suas próprias palavras, por uma:

[...] massa de processos a respeito dos mesmos assuntos, das mesmas teses, contras as mesmas pessoas; pedidos de indenização sobre os mesmos fatos originários (o mesmo dano a várias pessoas); pedidos idênticos sobre causas de pedir idênticas, mas sem identidade de partes.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Ibidem. p. 246.

¹⁴⁸ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução (...)**. 2010. p. 17.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 5.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 5.

Como alternativa a essa problemática, criou-se no Projeto de Lei nº 8.046/2010, mais precisamente nos artigos 930 a 941¹⁵¹, um incidente de resolução de demandas repetitivas com inspiração no modelo alemão, o qual passamos a estudar, agora, em maiores detalhes.

É cabível o incidente nos casos em que se identifique litígio, nos termos do artigo 930, *caput*, “com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes”. Nota-se, de início, que a versão brasileira do incidente não se aplica às questões de fato, mas exclusivamente às de direito.

Encontram-se legitimados para a propositura do incidente: o juiz ou relator; as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública, conforme parágrafo primeiro do referido artigo 930. No parágrafo terceiro, traz-se a obrigatoriedade da intervenção do ministério público, que assumirá sua titularidade em caso de abandono ou desistência. Já o parágrafo segundo apresenta a exigência, exceto para o juiz ou relator, de demonstrar a necessidade de instauração do incidente.

A exemplo do *musterverfahren*, o artigo 931 encerra previsão de que deverá dar a devida publicidade ao incidente, através de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, cuja alimentação será feita pelos tribunais estaduais.

Instaurado, então, o incidente, e constituído o devido relator, terá este a faculdade de pedir informações acerca da causa ao juízo de origem, as quais devem ser prestadas no prazo de quinze dias. Após, solicita-se data para a apreciação do juízo de admissibilidade por parte do tribunal pleno ou órgão especial, e intima-se o Ministério Público (arts. 932 e 933). Não admitida à instauração, os processos seguem normalmente o seu curso. Em caso de admissão, o tribunal suspende todas as ações pendentes, e decide acerca da questão de direito controvertida. Lavra-se acórdão cujo conteúdo vinculará todos os juízes ou órgãos fracionários no âmbito de sua competência territorial (artigo 933, §2º, e 934). Admite-se, ainda, a adoção das medidas de urgência necessárias durante a suspensão dos processos (artigo 934, parágrafo único).

¹⁵¹ Ver, ao final, o Anexo A – PL 8.046/2010.

Em momento posterior, serão ouvidos todos os interessados, inclusive entidade com interesse na controvérsia, que deverão apresentar suas manifestações no prazo de quinze dias. Logo após manifesta-se o Ministério Público (artigo 935).

Em seguida, pede-se a devida inclusão na pauta para julgamento (plenário ou órgão especial). Manifestam-se, no julgamento, o autor e o réu do processo originário, além do Ministério Público, com tempo de trinta minutos cada (artigo 936). A seguir, manifestam-se os demais interessados, inscritos previamente, pelo mesmo prazo de trinta minutos, sendo este comum, contudo.

No intuito de dotar o procedimento de maior segurança jurídica, estabeleceu-se, em seu artigo 937, que as partes, interessados, Ministério Público ou Defensoria Pública tem legitimidade para requerimento da suspensão de todos os processos em curso no país sobre a mesma questão objeto do incidente. A competência para conhecer deste pedido coincide com a competência para julgar os recursos especial e extraordinário, hoje dos tribunais superiores.

Por fim, nos termos do artigo 938, julgado o incidente, “a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal”.

Em sede recursal, qualquer parte poderá interpor os recursos especial ou extraordinário, que possuirão efeito suspensivo, além de gozarem da presunção quanto à repercussão geral da questão (artigo 940). Ademais, não haverá juízo de admissibilidade na origem, a despeito da regra geral, devendo-se remeter os autos diretamente para o tribunal competente (artigo 940, parágrafo único).

No caso da não observância da tese havida com o processamento do incidente, cabe a devida reclamação ao tribunal competente, consoante artigo 941.

3.4 O incidente como instrumento de efetivação do acesso à justiça

Após pertinente exposição do instituto, é chegado o momento de adentrar mais especificamente no escopo do presente trabalho, qual seja o de afirmar o IRDR com instrumento de efetivação do acesso à justiça.

Do ponto de vista das garantias do devido processo legal, mostra-se o instituto em perfeita harmonia com os ditames constitucionais, pois a natureza das causas repetitivas demanda, conforme abordado, um regime de tratamento específico, que dessa forma as reconheça. Nesse caso, “processo devido” é o “processo-instrumento”, adequado à natureza da substância que tutela¹⁵². E tendo em vista que o devido processo legal é um dos requisitos à *ordem jurídica justa*, consoante abordagem detalhada no início deste trabalho, efetiva-se o acesso à justiça através do *modus operandi* do IRDR.

Ajusta-se, ainda, o incidente, perfeitamente à noção do *due process of law* sob a perspectiva da razoável duração do processo, pelo fato de primar por uma redução no tempo do provimento jurisdicional esperado. Há o prazo limite no projeto para o julgamento do incidente de em no máximo cento e oitenta dias (artigo 939), além da sua preferência ante as demais lides.

Quanto aos efeitos do IRDR para com a celeridade processual, no entanto, obtemperam MARINONI e MITIDIERO, aos nos dizer que:

Os processos repetitivos não desaparecem pelo simples fato de existir decisão uniforme para a controvérsia neles vertida. Cada litigante continuará com o seu processo individual, que certamente terá de ter processamento próprio, ainda que simplificado. Cada litigante continuará ocupando, em outras palavras, o mesmíssimo lugar que dentro da estrutura judiciária.¹⁵³

Todavia, nos parece, com o devido respeito, que hes faltou a interpretação sistemática do incidente. Pois, além de resolver em prazo recorde para o judiciário brasileiro (seis meses), a controvérsia que provavelmente demandaria maior trabalho aos magistrados, a disposição normativa do incidente figura, no artigo 307, inciso III, do mesmo projeto, como hipótese de *improcedência liminar do pedido*.

¹⁵² Se em todo o processo há uma situação jurídica substancial afirmada, a relação entre eles é bastante íntima, como se deve supor. A separação que se faz entre “direito” e “processo”, importante do ponto de vista didático e científico, não pode implicar um processo neutro em relação ao direito material que está sob tutela. [...] O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual** (...). 2011. op. cit. p. 25

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto** (...). 2010. p.18.

Ou seja, com base na decisão proferida pelo IRDR, terá sua demanda rejeitada, em caráter liminar, o litigante desfavorecido pelo precedente. Irresignada com a decisão, cabe à parte interpor apelação, a qual o tribunal dará o devido provimento em caso de não se tratar, naquela lide, da matéria de direito debatida no precedente.

Diante desse contexto, conforme visto, o acesso à justiça não se identifica, em sua renovada concepção, com a litigância a qualquer custo. Portanto, ao não permitir o acesso ao judiciário de litigantes cujo entendimento desfavorável mostra-se sedimentado, e com isso, tornar mais célere a tramitação das demais causas de primeiro grau, revela-se o IRDR, mais uma vez, como instrumento de efetivação do acesso. Aqui cuida-se de uma interpretação sistemática e a *contrariu sensu*, visto que, nesse caso, “a não litigância traduz-se em mais acesso à justiça”.

Por outro lado, em nosso entendimento, embora não haja vedação expressa, perdeu o legislador a oportunidade de incluir “na outra ponta do procedimento”, a hipótese literal de *julgamento imediato da lide* com base no mesmo precedente. Frise-se: não que haja óbice à idéia que trazemos neste parágrafo, como se pode depreender pela simples leitura do artigo 341 do referido projeto de lei. Entretanto, mais evidente restaria a capacidade do instituto em proporcionar maior rapidez à tramitação dos processos de primeira instância.

São inegáveis, porém, os efeitos em termos de isonomia processual e, por conseguinte, de segurança jurídica, que irão advir da positivação do incidente em tela. Mesmo MARINONI e MITIDIERO, que dedicaram obra à construção de críticas e propostas ao projeto do Novo CPC, reconhecem essa qualidade no instituto, *in verbis*:

Como manifestação da segurança jurídica, da confiança legítima, da igualdade e ainda com o objetivo de acelerar e racionalizar o trabalho do Poder Judiciário, o Projeto prevê o “incidente de resolução de demandas repetitivas” [...]. Trata-se de expediente que muito provavelmente poderá ocasionar bons frutos no que tange à vinculação dos demais órgãos do Poder Judiciário àquilo que nele foi decidido, patrocinando, pois, sensível proteção à segurança, à confiança, e à igualdade.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Ibidem. p. 16.

Segurança jurídica e isonomia processual encerram, por sua vez, a noção de acesso à justiça que aqui definimos, ao passo que também nesse viés contribui o IRDR para uma maior efetivação do princípio em escopo.

Quanto ao duplo grau de jurisdição e o livre convencimento do magistrado, em que pesem entendimentos em contrário¹⁵⁵, parece-nos que, conquanto em certa medida o IRDR vá de encontro a esses princípios, devemos atribuir maior valor aos benefícios a serem auferidos em termos de acesso à justiça, como se pode depreender da preciosa lição de DINAMARCO:

A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o *acesso à justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um *princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um *processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. [...] A adoção dessa premissa metodológica manda, em primeiro lugar, que todos os princípios e garantias constitucionais sejam havidos como penhores da obtenção de resultados justos, sem receber um culto fetichista que desfigura o sistema. Manda também, que eles sejam interpretados sistematicamente e em consonância com os valores vigentes ao tempo da interpretação. Muitas vezes é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva; muitas vezes, também, é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis.¹⁵⁶

Não significa que, com a adoção da referida metodologia, estejamos abandonando os princípios em estudo, ou diminuindo sua importância em detrimento às conquistas da ciência processual. São os princípios político-constitucionais,

¹⁵⁵ BARROS, Janete Ricken Lopes de. **A busca** (...). 2010. p. 2.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 21-22.

decididamente, os seguros “pontos de partida” para interpretação qualquer que se pretenda acautelada¹⁵⁷.

É preciso “reler os princípios, não renegá-los”. Ou ainda, nas palavras de DINAMARCO:

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo – todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça.¹⁵⁸

Tanto assim o é, que já se encontram positivadas em nosso ordenamento inúmeras técnicas processuais que, por vezes, “vêm mitigando o rigor dos princípios” no intuito de “harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à justiça)”, além de, com isso, renunciar a certos dogmas cuja rigidez hermenêutica levaria a injustiças¹⁵⁹. E exemplifica DINAMARCO:

Exemplo vivo dessa postura são as medidas cautelares *inaudita altera parte*, que trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado; mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, sabedores que somos de que elas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, poderá tornar-se impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade.¹⁶⁰

Por fim, considerando que o processo deve atuar de acordo com seus escopos institucionais, concebe-se o incidente de resolução de demandas repetitivas, presente no projeto de lei do Novo CPC, com instrumento efetivo de acesso à justiça, na medida em que viabiliza a concretização do mais nobre escopo social do processo, qual seja o fim precípua de *pacificação com justiça*.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 23.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 23.

¹⁵⁹ Ibidem. p. 25.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 25.

De igual modo, destaca-se que um Instituto avalizado com a promessa de reforçar a segurança jurídica e isonomia das decisões judiciais; de tornar mais célere, e, portanto, mais efetiva, a tramitação de um grande número de causas hoje prejudicadas pela morosidade na prestação jurisdicional; além de adequar-se à moderna concepção de função social do processo, outra coisa não pode buscar senão a efetivação do acesso a uma ordem jurídica justa.

Não afirma o presente trabalho, contudo, que o referido instituto encontra-se perfeitamente acabado, ou que o debate acerca de sua positivação (ou não) deva ser encerrado por aqui. Pairam muitas dúvidas a respeito de sua sistematização adequada, mormente em termos da legitimidade das partes da “causa-piloto” para atuarem perante o tribunal sem a devida legitimação extraordinária ou critério adequado de escolha¹⁶¹.

Procurou-se mostrar, somente, que a referida disposição normativa mostra-se com uma alternativa, um caminho inovador rumo à efetivação do acesso à justiça, e que merece ser considerada em detrimento das rígidas concepções do direito processual, que tanto afastam o processo de seus escopos institucionais e das finalidades inerentes ao Estado Democrático de Direito.

¹⁶¹ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução** (...). 2010. p. 50.

CONCLUSÕES

1. O direito de acesso à justiça ultrapassa a condição de princípio, ao passo que se resume na síntese de todos os princípios e garantias processuais, sendo considerado pólo metodológico mais importante do sistema processual atual. Partindo-se do exame conjunto ou de quaisquer dos grandes princípios, chega-se à concepção do acesso à justiça.

2. O acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingressar em juízo. A revonada concepção, sob o prisma de sua terceira onda renovatória, pressupõe que o processo deve ser manejado de maneira a propiciar às partes o *acesso à justiça*, cuja síntese encontra consiste na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente: *acesso à ordem jurídica justa*.

3. À luz do Princípio do Acesso à Justiça, busca-se construir um processo a efetivação dos seus resultados, através da prestação de uma tutela jurisdicional justa e célere, com fulcro nos escopos institucionais do processo.

4. O devido processo legal precisa ser entendido sob duas perspectivas, quais sejam: a formal e a substancial. A primeira diz respeito ao nível procedimental, operacionalizando-se por meio do conjunto de garantias que remontam ao seu conteúdo mínimo. Já a sua dimensão substancial faz referência a um processo que resulte em *decisões jurídicas* substancialmente devidas. Processo devido é, também, processo com duração razoável.

5. A problemática dos escopos institucionais do processo tem de ser entendida por aqueles que pretendem analisar técnica processual de qualquer natureza. Processualista algum pode deixar de submeter as técnicas a uma revisão apenas quando já desenhadas as finalidades processuais. Além do mais, o próprio estudo dos meios de tutela só poderá justificar-se quando estes se mostrem relevantes à concretização dos referidos escopos.

6. Instrumentalismo e efetividade são idéias centrais no processualismo moderno. Para ser efetivo o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento. Há de se encontrar no seu uso a técnica que se revele mais adequada

para que o instrumento produza sempre o resultado almejado. Quanto mais adequado for para proporcionar tutela aos direitos subjetivos de natureza substancial, mais efetivo será o desempenho da prestação estatal operada por meio da técnica processual.

7. A massificação das demandas é uma realidade hodierna. É necessário adequar os preceitos processuais a essa realidade, com a concepção de instrumentos especiais que comportem o tratamento conjunto dos processos.

8. Ao lado dessa necessidade de tratamento coletivo às demandas de natureza repetitiva podemos colocar a questão da valorização do precedente judicial. A identidade da tese de direito debatida nesses casos reclama reforço dos mecanismos comprometidos com a uniformização da jurisprudência, tendo como fim último uma desejável previsibilidade das decisões judiciais, conforme já abordado em momento anterior.

9. O incidente de resolução de demandas repetitivas origem no modelo alemão para o trato das demandas repetitivas já em primeiro grau, o denominado *musterverfahren*. Não constitui o instituto brasileiro, entretanto, cópia fiel de sua inspiração.

10. O incidente estudado constitui instrumento de efetivação do acesso à justiça, na medida em que combina a efetivação de outros princípios constitucionais – tais como a segurança jurídica, a isonomia processual, a razoável duração do processo, o devido processo legal – com a concretização da função social e os escopos institucionais do processo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela Individual de Direitos Metaindividuais Trabalhistas: Fundamentos Constitucionais e Reflexos na Atividade Empresarial**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Curitiba. Curitiba, 2008.

ANNONI, Danielle. **O Direito Humano de Acesso à Justiça no Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2008.

BARROS, Janete Ricken Lopes de. **A busca da solução para as demandas repetitivas no 1º grau de jurisdição e o pretendido efeito vinculante no novo Código de Processo Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2639, 22 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17426>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O Devido Processo Legal nas Causas Repetitivas**. In: Tutela jurisdicional coletiva. Salvador: JusPodivm, 2009.

BATISTA, Neimar; PARODI, Ana Cecília. **O ativismo judicial como meio para efetivação da função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2778, 8 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18428>>. Acesso em: 04 jul. 2011.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. **Direito e Processo**. 5ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil**: volume 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. CÂMARA FEDERAL. **Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 8.046 de 2010 (PL nº 8.046, de 2010)**. Brasília: Câmara Federal-DF, Presidência, 2010.

_____. CONGRESSO NACIONAL. SENADO FEDERAL. COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Anteprojeto do Vovo Código de Processo Civil — Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 (PLS nº 166, de 2010)**. Brasília: Senado Federal-DF, Presidência, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. **O Novo Procedimento-Modelo (Musterverfahren) Alemão: Uma Alternativa às Ações Coletivas**. Repro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 147, maio 2007.

CAMBI, Eduardo. **Função Social do Processo Civil. Tutela Jurisdicional Coletiva**. Coordenadores Fredie Didier Jr. e José Henrique Mouta. Editora Jus Podivm: Salvador, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CERQUEIRA, Társis Silva de. Acesso à justiça. Novíssima reflexão. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 118. Salvador: 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/962/0>>. Acesso em: 05/04/2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito Público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CUNHA, Leonardo José Carneiro Da. As causas repetitivas e a necessidade de um regime que lhes seja próprio. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**. Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 236-268, jul/dez 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 13 ed. Salvador: Jus Podvim, 2011.

DIETRICH, Andréa Morgado. **O Princípio do Acesso à Justiça: visão formal e a aplicação da fungibilidade entre as tutelas de urgência**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Cândido Rangel. **Decisões vinculantes**. Revista de Processo, São Paulo, v. 25, n. 100, 2000.

_____, Candido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. Súmulas Vinculantes e Independência Judicial. *In*: **Revista dos Tribunais**. Ano 86, v. 739, São Paulo, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O Processo em Evolução**. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, n. 18, v. 9. São Paulo: CPDOC/FGV, 1996/2. Disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br/revista/arq/201.pdf>>. Acesso em: 26/03/2011.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Flexibilização da Tutela de Urgência: a redução da forma na utilização das técnicas cautelar e antecipatória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo**. v. 1. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. v. 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las partes em el proceso civil**. Temas de Direito processual; quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. **Função social do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3198>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Artigos 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil, PLS nº 166/2010**. Monografia (Curso de Pós-Graduação – stricto sensu – em Direito). Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

SCHAEFER MARTINS, Nelson Juliano. **Poderes do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 49 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1. 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Candido Rangel; Watanabe, Kazuo (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

ANEXO A – FRAGMENTO RELEVANTE DO PROJETO DE LEI Nº 8.046/2010**Câmara dos Deputados - PL 8.046/2010**

Autor: Senado Federal - José Sarney

**Data da
Apresentação:** 22/12/2010

Ementa: Código de Processo Civil.

**Forma de
Apreciação:** Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário

Texto Despacho: Trata-se de projeto de código, sendo aplicáveis as regras constantes do art. 205 e seguintes do RICD. Em consequência, dê-se ciência ao Plenário, inclua-se na Ordem do Dia, publique-se e distribua-se em avulsos. Constitua-se Comissão Especial para emitir parecer sobre o projeto e as emendas. Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário. Regime de Tramitação: Especial.

**Matérias sujeitas a
normas especiais:** Especial

Em 05/01/2011

PROJETO DE LEI Nº 8.046/2010 – NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

LIVRO I

PARTE GERAL

TÍTULO I

PRINCÍPIOS E GARANTIAS, NORMAS PROCESSUAIS, JURISDIÇÃO E AÇÃO

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste código.

[...]

LIVRO II

PROCESSO DE CONHECIMENTO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

TÍTULO I

DO PROCEDIMENTO COMUM

[...]

CAPÍTULO III

DA IMPROCEDÊNCIA LIMINAR DO PEDIDO

Art. 307. O juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que se fundamente em matéria exclusivamente de direito, independentemente da citação do réu, se este:

I – contrariar súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – contrariar acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – contrariar entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

[...]

CAPÍTULO IX

DO JULGAMENTO CONFORME O ESTADO DO PROCESSO

[...]

Seção II

Do julgamento imediato da lide

Art. 341. O juiz conhecerá de imediato do pedido, proferindo sentença com resolução de mérito:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

[...]

LIVRO IV

DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

TÍTULO I

DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS

CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, observando-se o seguinte:

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

Art. 883. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos:

I – o do incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – o dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

[...]

CAPÍTULO VII

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

§ 1º O pedido de instauração do incidente será dirigido ao Presidente do Tribunal:

I – pelo juiz ou relator, por ofício;

II – pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição.

§ 2º O ofício ou a petição a que se refere o § 1º será instruído com os documentos necessários à demonstração da necessidade de instauração do incidente.

§ 3º Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e poderá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

Art. 931. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Parágrafo único. Os tribunais promoverão a formação e atualização de banco eletrônico de dados específicos sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para inclusão no cadastro.

Art. 932. Após a distribuição, o relator poderá requisitar informações ao órgão em cujo juízo tem curso o processo originário, que as prestará em quinze dias; findo esse prazo improrrogável, será solicitada data para admissão do incidente, intimando-se o Ministério Público.

Art. 933. O juízo de admissibilidade e o julgamento do incidente competirão ao plenário do tribunal ou, onde houver, ao órgão especial.

§ 1º Na admissibilidade, o tribunal considerará a presença dos requisitos do art. 930 e a conveniência de se adotar decisão paradigmática.

§ 2º Rejeitado o incidente, o curso dos processos será retomado; admitido, o tribunal julgará a questão de direito, lavrando-se o acórdão, cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência, na forma deste Capítulo.

Art. 934. Admitido o incidente, o presidente do tribunal determinará, na própria sessão, a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Parágrafo único. Durante a suspensão poderão ser concedidas medidas de urgência no juízo de origem.

Art. 935. O Relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida; em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público.

Art. 936. Concluídas as diligências, o relator pedirá dia para o julgamento do incidente.

§ 1º Feita a exposição do incidente pelo relator, o presidente dará a palavra, sucessivamente, ao autor e ao réu do processo originário, e ao Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, para sustentar suas razões.

§ 2º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

Art. 937. As partes, os interessados, o Ministério Público e a Defensoria Pública, visando à garantia da segurança jurídica, poderão requerer ao tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente.

Parágrafo único. Aquele que for parte em processo em curso no qual se discuta a mesma questão jurídica que deu causa ao incidente é legitimado, independentemente dos limites da competência territorial, para requerer a providência prevista no caput.

Art. 938. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Parágrafo único. Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal ou pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça, que, respectivamente, terão competência para decidir recurso extraordinário ou especial originário do incidente, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem em todo o território nacional.

Art. 939. O incidente será julgado no prazo de seis meses e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 1º Superado o prazo previsto no caput, cessa a eficácia suspensiva do incidente, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se, no que couber, à hipótese do art. 937.

Art. 940. O recurso especial ou extraordinário interposto por qualquer das partes, pelo Ministério Público ou por terceiro interessado será dotado de efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput, interpostos os recursos, os autos serão remetidos ao tribunal competente, independentemente da realização de júízo de admissibilidade na origem.

Art. 941. Não observada a tese adotada pela decisão proferida no incidente, caberá reclamação para o tribunal competente.

Parágrafo único. O processamento e julgamento da reclamação observarão o Capítulo VIII, deste Livro.

CAPÍTULO VIII

DA RECLAMAÇÃO

Art. 942. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do Tribunal;

II – garantir a autoridade das decisões do Tribunal;

III – garantir a observância de súmula vinculante;

IV – garantir a observância da tese firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas;

V – garantir a observância da tese firmada em incidente de assunção de competência.

Parágrafo único. A reclamação, dirigida ao Presidente do Tribunal, instruída com prova documental, será autuada e distribuída ao relator da causa principal, sempre que possível.